DER LASTENAUSGLEICH
im Sinne des bernischen Baugesetzes vom 7. Juni 1970

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doktor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Bernard E. Rosat
von Château-d'Oex (VD)

1971

DER LASTENAUSGLEICH
im Sinne des bernischen Baugesetzes vom 7. Juni 1970

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doktor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Bernard E. Rosat
von Château-d'Oex (VD)

Die Fakultät hat diese Arbeit am 21. Juni 1973 auf Antrag von Prof. Dr. G. Roos als Dissertation angenommen, ohne zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

I. INHALTSVERZEICHNIS

II. LITERATURVERZEICHNIS 3

III. ABKUERZUNGEN 14

ALLGEMEINER TEIL

A) ALLGEMEINE BEGRIFFE

1. Das Eigentum 16
2. Die Eigentumsgarantie 19
3. Der Begriff der Polizei 24
4. Die Baupolizei 27

B) DAS BAURECHT IM KANTON BERN

5. Die Baupolizeigesetzgebung 30
6. Die privatrechtliche Baugesetzgebung 34
7. Die Gemeindeautonomie 37
8. Die Bauordnung der Gemeinden 40
9. Die Ausnahmebewilligung 45
10. Die Baulinie 49
11. Die Sonderbauvorschriften 54

SPEZIELLER TEIL

A) DER LASTENAUSGLEICH

12. Die Entstehung des Lastenausgleiches 56
13. Die Zielsetzung des Lastenausgleiches 60
14. Die Praxis des bernischen Verwaltungsgerichtes 64
15. Die Voraussetzungen des Lastenausgleichsanspruches 70
    - I. Die Abweichungen von den örtlichen Bauvorschriften 70
    - II. Der Sondervorteil 74
    - III. Die Nutzung des Sondervorteils 78

IV. Die erhebliche Beeinträchtigung 80
16. Die Legitimation zur Sache 89
17. Das Verfahren 92
I. Einleitung 92
II. Die Anmeldung 95
III. Die Klage 103
18. Rückblick 108

B) DER LASTENAUSGLEICH UND DAS BUNDESRECHT

19. Der Lastenausgleich und Art. 64 BV 110
I. Einleitung 110
II. Die Unterscheidbarkeit von öffentlichem und privatem Recht im Sinne von Art. 64 BV 115
III. Theorien der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht 118
IV. Die Qualifizierung des Lastenausgleiches anhand der angeführten Theorien 124
V. Die Praxis des Bundesgerichtes 128
VI. Die Qualifizierung des Lastenausgleiches anhand der bundesgerichtlichen Praxis 135
VII. Die sogenannte Doppelnorm 138
VIII. Der Vorbehalt von Art. 686 ZGB 140
IX. Schlussfolgerung 145
20. Der Lastenausgleich und Art. 22ter BV 148
I. Das Verhältnis von Lastenausgleich und Eigentumsgarantie 148
II. Die Anspruchskonkurrenz aus Lastenausgleich und Eigentumsgarantie 150
21. Der Lastenausgleich und der privatrechtliche Immissionenschutz 155
I. Der Lastenausgleich und Art. 684 ZGB 155
II. Der Lastenausgleich und der "Bieler Fall" 160

C) DER LASTENAUSGLEICH IN DEN UEBRIGEN KANTONEN

22. Allgemeine Uebersicht 163
23. Der Lastenausgleich im Kanton Freiburg 166

II. LITERATURVERZEICHNIS

Die angeführten Werke werden mit dem Namen des Verfassers zitiert. Bei mehreren von gleichen Verfassern stammenden Werken werden zusätzlich die in Klammern gesetzten Bezeichnungen angeführt.

Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen zum Text.

Aregger	Die Möglichkeit in der Darstellung von Plänen, Plan 1945, S. 116 ff
Aubert	Quelques mots sur la garantie de la propriété foncière, ZBGR 1962, S. 1 ff
Bachmann	Die nachbarliche Ueberschreitung des Grundeigentumrechts, Diss. Bern 1937
Bachhof Otto	Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 287 ff, München 1955
Bagi	La garantie constitutionelle de la propriété, Thèse Lausanne 1956
Bauhofer	Der verwaltungsrechtliche Immissionenschutz und sein Verhältnis zum privatrechtlichen, ZSGV 1918, S. 45 ff
Bäumlin	Privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Immissionenschutz, in Berner Tage für die juristische Praxis, 1968, Rechtliche Probleme des Bauens, S. 107 ff
Bernoulli	Planung und Grundeigentum, Plan 1947, S. 60 ff
Bezzola	Der Einfluss des privaten auf die Entwicklung des öffentlichen Schadenersatzrechts in der Schweiz, in Deutschland und in Frankreich, Diss. Zürich 1970

Bibliographie	zum Bau-, Boden- und Planungsrecht, herausgegeben von der Schweizerischen Gesellschaft für Koordination und Förderung der Bauforschung, Zürich 1968
Birchler	Baueinsprache und Baubewilligung nach schwyzerischem Recht, Diss. Zürich 1970
Birchmeier	Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950
Blumenstein	Die Beurteilung von Vorfragen im Administrativprozess, MBVR 1950, S. 49 ff
Blumer	Die Haftung für Schädigungen durch unbewegliche Sachen, Diss. Zürich 1940
Bosshardt	Die Eigentumsgarantie, Diss. Zürich 1930
Braunschweiler	Eingriffe in die freie Benutzung des Grundeigentums durch zwingendes kantonales Recht, Diss. Zürich 1942
Brüesch	Das nachbarliche Baurecht des Kantons Graubünden nach dem Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 5. März 1944, Diss. Bern 1950
Bullinger	Oeffentliches Recht und Privatrecht, Studien über Sinn und Funktion der Unterscheidung, Stuttgart 1968
Burckhardt	Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931
Bürgi	Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtssprechung, Diss. Bern 1927
Buser	Baupolizeirecht, Sachenrecht und Grundbuch, Zbl 1947, S. 57 ff
Bütikofer	Die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden. Ein Beitrag zur Lehre von der Gemeindeautonomie unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechtes, Diss. Zürich 1950

Drews / Wacke	Allgemeines Polizeirecht, 8. Auflage, Berlin 1961
Dürr	Das bernische Baugesetz, Bern und Badisch-Rheinfelden 1961
Egger	Die Bauzonen der stadtzürcherischen Bauordnung von 1946, Diss. Zürich 1948
Ebnöther	Der Heimatschutz als polizeirechtliches Problem, Diss. Zürich 1956
Estermann	Die Baufreiheit und ihre Schranken, Diss. St. Gallen 1965
Fleiner	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928
Fleiner/Giacometti	Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von F. Fleiner durch Z. Giacometti, Zürich 1949
Fortshoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, 1966
Geiger	Die Gemeindeautonomie und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1950
Geilinger	Das zürcherische Nachbarrecht, Diss. Zürich 1908
Giacometti	Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, zitiert Giacometti (Verwaltungsrecht)
	Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, zitiert Giacometti (Staatsrecht)
Glauser	Das öffentliche Vorkaufsrecht, Diss. Zürich 1969
Göschke	Fragen aus dem Nachbarrecht, ZbJV 1947, S. 429 ff
Grisel	Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970

Gueng	Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht, Diss. St. Gallen 1967
Guhl/Merz/Kummer	Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrecht, 6. Auflage 1972
Guldener	Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 1958
Gygax	Schweizerisches Steuerlexikon, Band I, Lexikon, Glattbrugg/Zürich 1971
Gygi	Verwaltungsrecht und Privatrecht, Bern 1956, zitiert Gygi (Verwaltungsrecht)
	Oeffentlich-rechtlicher Immissionenschutz, MBVR 1961, S. 65 ff, zitiert Gygi (Immissionenschutz)
	Vom Stande der bernischen Baugesetzgebung, MBVR 1958, S. 209 ff, zitiert Gygi (Baugesetzgebung)
	Expropriation, materielle Enteignung und Lastenausgleich, Berner Tage für die juristische Praxis 1968, Rechtliche Probleme des Bauens, S. 81 ff, zitiert Gygi (rechtliche Probleme)
	Ueber die Eigentumsgarantie, MBVR 1957, S. 257 ff, zitiert Gygi (Eigentumsgarantie)
	Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zu verwaltungsrechtlichen Grundfragen, ZbJV 1966, S. 121 ff, zitiert Gygi (Rechtsprechung)
	Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Bern 1969, zitiert Gygi (Verwaltungsrechtspflege
Gygi / Stucki	Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Bern 1962
Gysin	Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht, ZbJV 1951, S. 49 ff
Haab Hans	Privateigentum und materielle Enteignung, Diss. Bern 1947, zitiert H. Haab

Haab Robert	Kommentar zum ZGB, IV. Band, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 1929 bis 1948
Hauser	Die Gemeindebauordnung in den Kantonen Zürich und Aargau, Diss. Zürich 1956
Herter	Baubewilligung und Baueinsprache nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1941
Hintermann	Die Freihaltungszone im Rahmen der Bauzonenplanung, Diss. Zürich 1963
Hitz	Das Nachbarrecht des Kantons Graubünden, Diss. Bern 1913
Hofmann	Die Kompetenzen der bernischen Gemeinden zur Aufstellung von Bauordnungen und Alignementsplänen, Diss. Bern 1929
Holliger	Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, dargestellt im Prinzipe und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Diss. Zürich 1904
Holzach	Oeffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung und expropriationsähnlicher Tatbestand, Diss. Zürich 1951
Honegger	Schadenersatz und Baueinsprache, eine Abhandlung anhand des zürcherischen Baurechts im Hinblick auf eine Schadenersatzpflicht gemäss OR 41 I, Diss. Zürich 1970
Hottinger	Die Baubedingung, ein analytischer Beitrag zum Baupolizeirecht, Diss. Zürich 1941
Huber Hans	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1 - 10 ZGB, Bern 1966, zitiert Huber (Einleitung)
	Die Legitimation der Nachbarn zur staatsrechtlichen Beschwerde in Bausachen, SJZ 1961, S. 165 ff, zitiert Huber (Legitimation)

Huber Hans	Die Zuständigkeit des Bundes, der Kantone und der Gemeinden auf dem Gebiet des Baurechts. - Vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht - Berner Tage für die juristische Praxis 1968, Rechtliche Probleme des Bauens, S. 47 ff, zitiert Huber (Rechtliche Probleme)
	Das Verhältnis des kantonalen öffentlichen Rechts und des Bundeszivilrechts in der Gegenwart, ZbJV 1962, S. 169 ff, zitiert Huber (Gegenwart)
	Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950 - 70 zum 70. Geburtstag des Verfassers, Bern 1971, zitiert Huber (Festschrift)
	Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts als Verfassungsgerichtshof von 1961 bis 1968, im Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Tübingen 1969, S. 51 ff, zitiert Huber (Jahrbuch)
Huber Hans Ulrich	Privateigentum und öffentliches Recht im Kanton Bern, Diss. Bern 1949
Huber Rudolf	Baugesetzgebung und Privateigentum, MBVR 1956, S. 161 ff
Imboden	Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung 2 Bände, 3. Auflage, Basel und Stuttgart 1968/69
Jagmetti	Neue Tendenzen im zürcherischen Bau- und Planungsrecht, Zbl 1965, S. 2 ff, 33 ff
Kirchhofer	Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, Separatabdruck aus ZSR 1930
Kistler	Baupolizei und Baupolizeirecht im Kanton Aargau, Diss. Bern 1926
Kleindienst	Der privatrechtliche Immissionenschutz nach § 906 BGB, Tübingen 1964
Kummer	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung Art. 1 - 10 ZGB, Bern 1966, zitiert Kummer (Einleitung)

Kummer	Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1970, zitiert Kummer (Grundriss)
Kunz	Das öffentliche Baurecht im Kanton St. Gallen, Diss. St. Gallen 1971
Leemann	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Bern 1925
Leuch	Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Auflage, Bern 1956
Lindenmann	Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, Diss. Bern 1950
Liver	Gemeinderecht Zbl 1949, S. 40 ff, zitiert Liver (Gemeinderecht)
	Privates und öffentliches Baurecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1968, Rechtliche Probleme des Bauens, S. 9 ff, zitiert Liver (Rechtliche Probleme)
	Privatrechtliche Abhandlungen, Bern 1972, zitiert Liver (Festgabe)
	Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, 2. Teil, Das Sachenrecht, Dienstbarkeiten und Grundlasten, Art. 730 - 741 ZGB, Zürich 1951 - 64, zitiert Liver (Dienstbarkeiten)
	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1 - 10 ZGB, Bern 1966, zitiert Liver (Einleitung)
Luder	Das Baupolizeirecht als Beschränkung der Eigentumsfreiheit, insbesondere nach solothurnischem Recht, Diss. Zürich 1951
Marti	Die staatsrechtliche Beschwerde, Basel und Stuttgart 1967
Meier - Hayoz	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Sachenrecht, Band IV, 1. Abteilung, 1. und 2. Teilband, Bern 1966 (4. Auflage) und Bern 1964 (3. Auflage), zitiert Meier-Hayoz (Sachenrecht)

Meier - Hayoz	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1 - 10 ZGB, Bern 1966, zitiert Meier-Hayoz (Einleitung)
Menger	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
Molitor	Ueber öffentliches Recht und Privatrecht, eine rechtssystematische Studie, 1949
Müller	Die Eigentumsgarantie und die Enteignung, Diss. Zürich 1966
Müller / Fehr	Das Baupolizeirecht in der Schweiz, Zbl 1913, S. 69 ff
Nabholz	Das Institut des Bebauungsplans, Diss. Zürich 1923
Nawiasky	Allgemeine Rechtslehren als System der rechtlichen Grundbegriffe, St. Gallen 1941
Neuenschwander	Die Leistungspflicht der Grundeigentümer im französischen Code Civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts, Diss. Bern 1966
Oberle	Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs, Diss. Zürich 1952
Oftinger	Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 2. Auflage, Zürich 1958 - 62
Peter	Wandel der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, Diss. Zürich 1949
Raissig	Einführung in das schweizerische Nachbarrecht, Zürich 1960
Ramstein	Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtssprechung, Diss. Bern 1959
Reichlin	Rechtsfragen der Landesplanung, ZSR 1947, S. 171 a ff

Roos	Der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, ZbJV 91bis, zitiert Roos (Gesetzmässigkeit)
	Die Vollstreckung im bernischen Verwaltungsrecht, MBVR 1947, S. 113 ff, zitiert Roos (Vollstreckung)
	Richter und Verwaltung, ZbJV 1950, S. 425 zitiert Roos (Richter)
Röthlisberger	Das bernische ländliche Nachbarrecht, mit besonderer Berücksichtigung der emmentalischen Einzelhofwirtschaft, Diss. Bern 1916
Roth	Badische Landesbauordnung, Karlsruhe, 2. Auflage 1909
Ruck	Schweizerisches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Auflage, Zürich 1951
Saladin	Grundrechte im Wandel, die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts in einer sich ändernden Umwelt, Bern 1970
Sauter	Expropriationsentschädigung und Baulinien, in Rechtsprobleme von Stadtgemeinden, Zürich 1961, S. 111 ff
Siegenthaler	Gemischtrechtliche Bauvorschriften und ihre Durchsetzung, MBVR 1961, S. 1 ff
Sigg	Der eigene und der übertragene Wirkungsbereich der Gemeinde im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1964
Schaumann	Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht, Diss. Zürich 1952
Schwarz	Die Landwirtschaftszone unter besonderer Berücksichtigung des bernischen Rechts, Diss. Bern 1961
Schwarzenbach	Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Bern 1970
Stark	Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB, Zürich 1952

Sträuli	Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der Gesetzgebung, Diss. Zürich 1933
Tatarinoff	Das nachbarliche Baurecht des Kantons Solothurn, Diss. Bern 1948
Timmermann	Der baurechtliche Nachbarschutz, Berlin 1969
von Tuhr/Siegwart	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2 Bände, 2. Auflage, Zürich 1942 und 1944
Tuor	Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Auflage, Zürich 1968
Vogt	Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, Aarau 1910
Voigt	Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Diss. Zürich 1945
Vollenweider	Einige Fragen aus dem öffentlichen Baurecht, Zbl 1968, S. 89 ff
Waldis	Das Nachbarrecht, Zürich 1953
Wiederkehr	Die Expropriationsentschädigung, dargestellt nach schweizerischem und zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1966
Wolffers	Der Begriff der Polizei, Zbl 1941, S. 385 ff, 409 ff
Zaugg	Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Bern 1971
Zimmerlin	Bauordnung der Stadt Aarau, Kommentar, Aarau 1960
Zimmermann	Der Baudispens in der Stadt Zürich, Diss. Zürich 1958
Zwahlen	L'autonomie communale à la lumière de la jurisprudence récente du tribunal fédéral suisse, Mélange Bridel, Lausanne 1968

Zwygart Der Bebauungsplan nach solothurnischem Recht, Diss. Bern 1953

III. A B K U E R Z U N G E N

a.a.O.	am angeführten Ort
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung, Fussnote
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaubewD	Dekret über das Baubewilligungsverfahren vom 10. Februar 1970
BauG	Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970
BauVo	Bauverordnung vom 26. November 1970
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung, Lausanne 1875 ff
BJM	Basler juristische Mitteilungen, Basel 1954 ff
BlZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
BV	Schweizerische Bundesverfassung
BVG	Gesetz über die Bauvorschriften vom 26. Januar 1958
Diss.	Dissertation
EG/ZGB	Bernisches Einführungsgesetz zum ZGB vom 6. Oktober 1940
EntG	Gesetz über die Enteignung vom 3. Oktober 1965
GemG	Gesetz über das Gemeindewesen vom 9. Dezember 1917
KV	Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht
m.E.	meines Erachtens

NBR	Dekret über das Normalbaureglement vom 10. Februar 1970
Prot.	Protokoll der ausserparlamentarischen Expertenkommission zur Beratung des Bauvorschriftengesetzes
RRE	Entscheid des bernischen Regierungsrates
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich 1904 ff
Tagblatt	Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern
VGE	Entscheid des bernischen Verwaltungsgerichtes
VRPG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 22. Oktober 1961
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Zbl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZPO	Gesetz betreffend Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge, Basel 1882 ff

A L L G E M E I N E R T E I L

A) ALLGEMEINE BEGRIFFE

1. Das Eigentum

Mit Liver*1 halten wir dafür, dass dem Begriffe nach unter Eigentum die totale, unmittelbare Sachherrschaft zu verstehen ist. Das Eigentum so aufgefasst ist notwendigerweise abstrakt*2. Nicht der Begriff, wohl aber der Inhalt des Eigentums ist je nach der konkreten Rechtsordnung bezogen auf eine bestimmte Zeit verschieden. Wenn daher zwischen einem römisch- und einem deutschrechtlichen Eigentumsbegriff unterschieden wird, hier das individualistische, schrankenlose, dort ein soziales, mannigfach gebundenes Eigentum, so trifft das nicht den Begriff, sondern die inhaltliche Bestimmung der konkreten Eigentumsmacht*3. Von dieser Auffassung ausgehend ist es deshalb m.E. auch müssig, zu untersuchen, ob unsere Rechtsordnung in Art. 641 Absatz 1 ZGB: "Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen" eher von einem römisch- oder deutschrechtlichen "Eigentumsbegriff" ausgeht*4.

---

*1 Liver (Dienstbarkeiten) Einleitung N 80 ff, vgl. auch Meier-Hayoz (Sachenrecht) N 184 ff, Holzach S. 27, Molitor, Zweckbindungen des Eigentums, in der Festschrift für Alfred Schultze, S. 43

*2 "Dem Begriff des Eigentums können die Beschränkungen des Eigentums nicht immanent sein, sonst wäre ein unbeschränktes Eigentum nicht Eigentum, was ein Widerspruch in sich selbst ist." Liver a.a.O. N 83, vgl. die entgegengesetzte Meinung von Haab, N 4 zu Art. 641 ZGB, so auch Hintermann S. 30

*3 vgl. Bachmann S. 2

*4 So H. Haab S. 8, Holzach S. 22 ff, Wiederkehr S. 2 ff, Schwarz S. 21 ff, Braunschweiler S. 14

Einen allzu grossen Einfluss zur Lösung konkreter Rechtsprobleme haben indessen diese unterschiedlichen Auffassungen über den Eigentumsbegriff nicht*5. Für den Rechtssuchenden kommt es in der Regel auf das Eine hinaus, ob eine bestimmte Eigentumsbeschränkung als dem Eigentumsbegriff immanent oder aber den Eigentumsinhalt bestimmend verstanden wird. Dennoch kann gerade bei der Gesetzgebung je nach Vertretung der einen oder anderen Auffassung eine mehr individualistische oder aber eher soziale Eigentumsordnung postuliert werden.

Nicht so sehr der verschiedenartige Eigentumsbegriff als vielmehr die durch Gesetzgebung und Judikatur erfolgte Ausgestaltung der Eigentümerbefugnisse sind für die Rechtsunterworfenen von Bedeutung. Hier lässt sich nun ohne Zweifel sagen, dass der Inhalt des Eigentums, respektive die Verfügungsgewalt des Eigentümers, in den letzten Jahrzehnten immer mehr eingeengt wurde*6. War im letzten Jahrhundert infolge des liberalen Gedankengutes immer wieder die Selbstherrlichkeit des Eigentümers betont worden, so hat sich heute auch hier eine Wandlung zum Sozialen vollzogen. Diese Sozialpflichtigkeit des Eigentums wurde insbesondere durch Art. 153 Absatz 3 der Reichsverfassung der Weimarer Republik statuiert: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste"*7.

Der Eigentümer, insbesondere derjenige von Grund und Boden, wird auch in der Schweiz immer mehr in seinen Befugnissen durch die Gesetzgebung eingeschränkt*8. "Heute liegt die Gefahr weni-

---

*5 Wiederkehr S. 2, Meier-Hayoz (Sachenrecht) N 187
*6 Schwarz S. 23, Meier-Hayoz a.a.O. N 193, Wiederkehr S. 2, Saladin S. 395 ff
*7 vgl. Kritik Huber (Rechtliche Probleme) S. 59
*8 vgl. z.B. Entwurf zum Gesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972

ger im willkürlichen, gemeinschaftsschädlichen Verhalten des Eigentümers als vielmehr im willkürlichen, die Eigentumsfreiheit und den Eigentumsgenuss beeinträchtigenden Verhalten von Staat und anderen Rechtssubjekten. Hat man sich früher vor allem bemüht, einer zu weit gehenden Freiheit des Eigentümers Grenzen zu ziehen, so sind wir heute gezwungen, eine von Eigentumsschranken mehr oder weniger eingeengte Freiheit in Schutz zu nehmen"*9.

Abschliessend ist also festzuhalten, dass der Inhalt des Eigentums, nicht aber der Begriff steten Veränderungen unterworfen ist. Diese Veränderungen werden durch die sich wandelnde Rechtsordnung bewirkt. Die Frage, ob der Inhalt des Eigentums durch die Gesetzgebung den Eigentumsbegriff, dem jede Art von Beschränkung grundsätzlich fremd ist, bis zur Unkenntlichkeit einengen kann, ist im folgenden zu überprüfen.

---

*9 Meier-Hayoz a.a.O. N 193, vgl. auch Liver (Festgabe) S. 153 ff, Gygi (Rechtliche Probleme) S. 100 ff

2. Die Eigentumsgarantie

Die Eigentumsgarantie ist erst seit dem 14. September 1969 ausdrücklich durch unsere Bundesverfassung in Art. 22ter gewährleistet. Dennoch waren schon vorher sowohl Doktrin wie Praxis einhellig der Auffassung, dass die Eigentumsgarantie als ungeschriebenes Verfassungsrecht bundesrechtlich geschützt sei*1.

Unsere auf liberalen Ideen beruhende Wirtschaftsordnung besteht aus und verlangt viele sich wechselseitig bedingende Funktionselemente*2. Eines dieser Elemente ist die Eigentumsgarantie, ohne die nicht nur die Handels- und Gewerbefreiheit (BV 31), sondern auch andere Freiheitsrechte nicht vorstellbar wären. Der Umstand, dass zur Zeit der Schaffung des Bundesstaates die Eigentumsgarantie nicht in den nicht abschliessend gedachten Katalog der Freiheitsrechte aufgenommen wurde, lässt höchstens den Schluss zu, dass zu dieser Zeit eine Gefährdung des Eigentums durch den Bund als unrealistisch betrachtet wurde*3. Wäre eine solche Gefährdung damals ernsthaft befürchtet worden, hätte die Eigentumsgarantie sicherlich ausdrücklich in der Bundesverfassung Aufnahme gefunden. Jede durch die Staatsgewalt gefährdete, individuelle Freiheit und nicht allein die primär aus historischen Gründen ausge-

---

*1 vgl. BGE 35 I 571, 88 I 255, 89 I 98, 94 I 610, Huber (Festschrift) S. 329 ff, Meier-Hayoz (Sachenrecht) N 209 b, Marti S. 24 ff, Imboden, Der Schutz der Eigentumsgarantie, in Festschrift H. Fritsche, Zürich 1952, Huber (Jahrbuch) S. 69 ff

*2 vgl. Gygi (Eigentumsgarantie) S. 257 ff, Huber (Festschrift) S. 166 ff

*3 vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22ter und 22^{quater}, publiziert in BBl 1967 II S. 133 ff

wählten Freiheitsrechte der Bundesverfassung werden bundesrechtlich geschützt*4.

Da also feststeht, dass die Eigentumsgarantie auf Bundesebene nicht erst durch Art. 22ter BV gewährleistet wird, konnte nach verbreiteter Auffassung den in den kantonalen Verfassungen aufgeführten analogen Garantien nur deklaratorische Bedeutung zukommen*5. Während langer Zeit weigerte sich daher das Bundesgericht, auf die untereinander abweichenden, kantonalen Formulierungen der Eigentumsgarantie Rücksicht zu nehmen. "Malgré certaines divergences de texte, les dispositions des constitutions cantonales, qui garantissent l'inviolabilité de la propriété, ont en substance le même sens et la même portée"*6.

Diese Praxis erfuhr in der letzten Zeit insofern eine begrüssenswerte Korrektur, als das Bundesgericht*7 wiederholt feststellte, dass die Eigentumsgarantie der kantonalen Verfassungen soweit eine selbständige rechtliche Bedeutung habe, als sie den Berechtigten einen über das Bundesverfassungsrecht hinausgehenden Schutz verleiht.

---

*4 Fleiner/Giacometti S. 241, so auch Marti S. 25: "Was der 9. Zusatzartikel zur USA-Verfassung ausdrücklich formuliert, gilt auch für unsere Bundesverfassung: Die Aufzählung bestimmter Rechte in der Verfassung darf nicht dahin ausgelegt werden, dass durch sie andere dem Volke vorbehaltene Rechte versagt oder eingeschränkt werden."
vgl. auch BGE 89 I 97, 90 I 34, a.M. J.P. Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964, S. 134 ff

*5 Hintermann S. 23, Müller S. 34, anderer Meinung Schwarz S. 25

*6 BGE 74 I 470

*7 BGE 94 I 610, 96 I 355

Nach allgemeiner Auffassung gliedert sich die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie in eine Instituts- und eine Wertgarantie.

- Die Eigentumsgarantie gewährleistet das Eigentum nur mit dem Inhalt, den es nach Massgabe der jeweiligen Rechtsordnung hat und bietet daher grundsätzlich keinen generellen Schutz gegen deren Aenderung. So wird durch die Institutsgarantie nicht jede einzelne Norm der hier und heute geltenden Eigentumsordnung geschützt, garantiert wird nur die dem Normenkomplex zugrunde liegende Grundwertung*8. Die Institutsgarantie richtet sich daher bestimmungsgemäss primär an den Gesetzgeber, begrenzt ihn in dem Sinne, dass er das Privateigentum als "fundamentale Einrichtung der Rechtsordnung und als Grundpfeiler einer auf die persönliche Freiheit und Selbständigkeit gegründeten Sozialordnung"*9 zu schützen hat*10. Die Institutsgarantie verlangt demnach, dass der Gesetzgeber eine Eigentumsordnung erhält, die dem Privaten das Privateigentum quantitativ und qualitativ soweit sichert, als dies für eine freiheitliche Gesellschaft erforderlich ist*11. Sie gilt namentlich als verletzt, wenn der Gesetzgeber Normen aufstellt, welche das Privateigentum als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung höhlen*12.

---

*8 vgl. Müller S. 22 ff

*9 Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, zitiert bei Meier-Hayoz a.a.O. N 213 b

*10 Nachdem dem Bundesgericht eine Ueberprüfung der Bundesgesetze auf die Verfassungsmässigkeit verboten ist, (Art. 113 Absatz 3 BV), ist die Wirkung der Institutsgarantie auf Bundesebene ziemlich eingeschränkt.

*11 Saladin, S. 122, 398

*12 BGE 88 I 255, 90 I 37, 93 I 237, 96 I 126, vgl. Meier-Hayoz in ZBL 1964 S. 1 ff, 34 ff bezüglich der Rechtsmässigkeit eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes der Gemeinden sowie Glauser, Das öffentliche Vorkaufsrecht, Diss. Zürich 1969

Somit kann festgestellt werden, dass einerseits das Eigentum nur in den Schranken der durch die Gesetzgebung gestaltbaren Rechtsordnung geschützt ist, andererseits die Institutsgarantie einen Wandel der Rechtsordnung nur innerhalb des Wesenskerns der Eigentumsordnung zulässt.

Im Gegensatz zu Holzach*13 darf m.E. die Tragweite der Institutsgarantie nicht unterschätzt werden. Wenn auch zuzugeben ist, dass eine generelle Aufhebung des Privateigentums durch eine der Eigentumsgarantie nachgeordnete Norm nicht wahrscheinlich ist, rechtfertigen doch die immer wieder zur gerichtlichen Beurteilung gelangenden Fragen aus den Gebieten der Besteuerung und Planung die Existenz der Institutsgarantie*14.

- Die Eigentumsgarantie erschöpft sich nicht in der Institutsgarantie, sondern gewährleistet als Wertgarantie dem Einzelnen auch seine konkrete Rechtsstellung als Inhaber einer Gesamtheit privatrechtlicher Vermögensrechte und wohlerworbener Ansprüche*15.

Diese beiden Garantiefunktionen decken sich, was leicht ersichtlich ist, nicht. So bietet die Institutsgarantie dem einzelnen Bürger keinen Schutz vor willkürlichen Enteignungen oder enteignungsähnlichen Eigentumsbeschränkungen. Dies wäre, wie Wiederkehr*16 zutreffend ausführt, erst dann der Fall, wenn durch eine generell-abstrakte Bestimmung sämtliche Bür-

---

*13 Holzach S. 61 ff "Die Eigentumsgarantie in ihrer Bedeutung als Institutsgarantie ist also nicht mehr als ein Postulat."
*14 vgl. Schwarz S. 26, BGE 96 I 126, 96 I 558, 94 I 116, 94 I 350, 94 I 339
*15 vgl. Saladin S. 396 ff, 109 ff, Müller S. 30 ff
*16 Wiederkehr S. 6

ger enteignet würden. Auf der anderen Seite muss eine Verletzung der Institutsgarantie durch den Gesetzgeber nicht immer gleichzeitig eine solche der Wertgarantie bedeuten*17. Zu denken wäre etwa an eine generelle Enteignung des Grundeigentums, welche, sofern sie gegen volle Entschädigung erfolgen würde, nicht gegen die Wertgarantie verstossen müsste, obwohl dadurch eine wesentliche Kategorie der Eigentumsmöglichkeiten den Privaten entzogen würde.

Die Wertgarantie äussert zwei voneinander zu unterscheidende Wirkungen. Einerseits darf dem einzelnen Eigentümer sein Eigentum nur entzogen oder beschränkt werden, wenn sowohl das öffentliche Interesse dafür wie eine gesetzliche Grundlage gegeben sind. Diese in der Praxis einen geringen Schutz bietende Wirkung wird auch Bestandesgarantie genannt.

Andererseits darf eine solche Entziehung oder Beschränkung der Eigentümerbefugnisse, sofern sie im Ergebnis einer Enteignung gleichkommen, nur gegen volle Entschädigung erfolgen. Die Wertgarantie bestimmt also sowohl die Voraussetzungen wie auch die Folgen eines obrigkeitlichen Entzuges wesentlicher aus dem Eigentum fliessender Rechte*18.

Es ist also festzustellen, dass weder die Instituts- noch die Wertgarantie dem einzelnen Bürger den unveränderten Bestand seines Vermögens gewährleisten können. Die Eigentumsgarantie schützt nicht den gegenständlichen, konkreten Status quo, beinhaltet somit eine grundsätzlich nur beschränkt wirksame Bestandesgarantie. Nur die Summe, nicht die einzelnen Bestandteile des Vermögens werden vom rechtlichen Schutz erfasst*19.

---

*17 Birchler S. 45, Hintermann S. 25
*18 BGE 96 I 133
*19 Holzach S. 69 ff, Müller S. 30, Wiederkehr S. 6, H. Haab S. 27

3. Der Begriff der Polizei

Der Begriff "Polizei" hat im Verlaufe der Zeiten wesentliche Veränderungen erfahren*1. Das aus dem Griechischen übernommene Wort bezeichnete vorerst das gesamte staatliche Wirken mit Ausnahme der kirchlichen Angelegenheiten. Die weitere Fortbildung des Begriffes führte zu einer stetigen Verengung seines Umfanges*2. So wurden in der Folge die auswärtigen Angelegenheiten, das Heer-, Finanz- und Justizwesen aus dem allgemeinen Polizeibegriff ausgeschieden.

Während zur Zeit des Absolutismus die Polizei bei grundsätzlicher Nichtanerkennung einer staatsfreien Sphäre des Einzelnen nicht nur die Pflicht hatte, den Staat und die einzelnen Bürger vor jeglichen Gefahren zu schützen, sondern darüber hinaus verpflichtet war, das materielle und geistige Wohlergehen zu überwachen und zu fördern*3, führte der Durchbruch des liberalen Gedankengutes zu einer weiteren Verengung des Polizeibegriffes. Die Förderung der Wohlfahrt und Sittlichkeit bedeutete nicht mehr eine Aufgabe des Staates, "weil positive Beförderung der Glückseligkeit nicht erzwungen werden kann und darf, also auch nicht Gegenstand der Staatsgewalt sein kann"*4.

---

*1 vgl. Drews/Wacke S. 1 ff, Ruck S. 44 ff
*2 Wolffers S. 385 ff
*3 "Die Polizei muss aber auch sonst alle Gelegenheiten abzustellen bedacht sein, welche mittelbar oder unmittelbar die sittlichen Unordnungen zu vermehren fähig sind". Josef von Sonnenfels, Sätze aus der Polizei-, Handlungs- und Finanzwissenschaft, zitiert bei Wolffers, S. 387
*4 Gunther Heinrich von Bern, Handbuch des Deutschen Polizeirechts, zitiert bei Wolffers, S. 390

Die Aufgabe der Polizei wurde in Uebereinstimmung mit dem liberalen Staatsverständnis ausschliesslich in einer rein defensiven Gefahrenabwehr gesehen. Diese erneute Beschränkung des Begriffes "Polizei" fand wohl ihren prägnantesten Ausdruck durch Püttner (Institutiones iuris publici Germanici, 1770, § 331): "politiae est cura avertendi mala futura, promovendae salutis cura non est proprie politiae", was in freier Uebersetzung als "Aufgabe der Polizei bedeutet Gefahrenabwehr, nicht aber Wohlfahrtsförderung" verstanden werden kann*5. Dies führt zu der grundsätzlich noch heute anerkannten Umschreibung: "Polizei ist rein negative Gefahrenabwehr auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, soweit dies zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung nötig ist"*6.

In neuerer Zeit begann sich indessen infolge der sich stetig vollziehenden, unmöglich übersehbaren Abkehr vom rein liberalen zum vermehrt sozialen Staatsverständnis eine der bisherigen Tendenz der Verengung des Polizeibegriffes entgegengesetzte Entwicklung abzuzeichnen. Immer mehr entfernt man sich heute von der rein defensiven Gefahrenabwehr und nähert sich der aktiven Wohlfahrtspflege. Der Polizeibegriff wird in unseren Tagen ganz erheblich erweitert*7, von einer reinen Gefahrenabwehr kann man, ohne eine fast unmögliche Strapazierung dieses Begriffes zu unternehmen, nicht mehr sprechen. Um nur ein Beispiel aus dem Gebiete des allgemeinen Polizeirechtes anzuführen, sei auf die verschiedenen kantonalen Freizeitgesetzgebungen hingewiesen, welchen das Bundesgericht*8 immer noch

---

*5 vgl. Fleiner, S. 385, Drews/Wacke S. 4
*6 Voigt S. 41, vgl. auch Oberle, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffes, Diss. Zürich 1952, aus der Judikatur BGE 96 I 227 mit Verweisungen
*7 vgl. Saladin S. 188, 236, 376, 380, Schwarz S. 17, Huber (Rechtliche Probleme) S. 70, Aubert S. 1 ff, Luder S. 36, Zwygart S. 67
*8 z.B. BGE 87 I 186

polizeilichen Charakter beimisst, obwohl es m.E. unzweifelhaft ist, dass diese Gesetze nicht so sehr auf die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben "als vielmehr auf die Förderung des geistigen, körperlichen und seelischen Wohlbefindens und auf Bereicherung des individuellen Lebens"*9 gerichtet sind.

---

*9 Saladin S. 239, vgl. Huber (Festschrift) S. 430
Dies wurde in Abänderung der bisherigen Praxis nun auch vom Bundesgericht anerkannt: BGE 97 I 499
Vgl. auch Huber in ZbJV 1973 S. 12

4. Die Baupolizei

Das Baupolizeirecht bildet einen besonderen Verwaltungszweig der allgemeinen Polizeitätigkeit und ist wie dieselbe gemäss unserer bundesstaatlichen Kompetenzverteilung eine originäre Aufgabe der Kantone*1.

Luder*2 versteht unter Baupolizei die Gesamtheit der zwingenden Rechtssätze, welche die aus dem Grundeigentum fliessende Baufreiheit einschränken. Diese Umschreibung erscheint mir zu weit und trifft eher das öffentliche Baurecht insgesamt als das viel speziellere Baupolizeirecht, liegt doch dieser Definition ein Polizeibegriff zugrunde, der jedwelchen staatlichen Eingriff in die Freiheit der Bürger, unabhängig seiner Zielsetzung, Gefahrenabwehr oder Wohlfahrtsförderung, umfasst*3.

Unter Beibehaltung eines liberalen Polizeibegriffes ist daher m.E. unter dem Baupolizeirecht die Gesamtheit der öffentlichrechtlichen Normen zu verstehen, die die Allgemeinheit vor den Gefahren schützen, die durch die Erstellung oder den Bestand von Bauten entstanden sind oder unmittelbar entstehen werden. Es ist also festzuhalten, dass nach dieser Umschreibung Inhalt der Baupolizei nur eine rein negative Tätigkeit wie Kampf gegen Feuer und Krankheiten, nicht aber ein positives Handeln zugunsten einer sinnvollen Bebauung, der Aesthetik etc. sein kann. Von dieser Feststellung ausgehend muss auch hier anerkannt werden, dass sich der dargestellte Baupolizeibegriff

---

*1 Art. 702 ZGB ist ein unechter Vorbehalt. Für viele Liver (Einleitung) N 14 zu Art. 5 ZGB

*2 Luder S. 17, so auch Müller/Fehr S. 69, Braunschweiler S. 59, Schwarz S. 16, Vogt S. 109, Egger S. 18, Hauser S. 1, vgl. auch Zaugg N 1 zu Art. 59 BauG

*3 Birchler S. 39 ff, Kunz S. 13 ff, vgl. auch L. Meyer in ZbJV 1972, S. 195

analog dem allgemeinen Polizeibegriff in einem steten Wandel befindet*4. So kann z.B. die dem Bauherrn auferlegte Pflicht, eine gewisse Anzahl Parkplätze zu erstellen, kaum auf befriedigende Weise allein mit polizeilichen Gründen erklärt werden*5.

Die Baupolizeigesetzgebung hat sich von der blossen Gefahrenabwehr mehr und mehr zur aktiven Förderung und Lenkung der allgemeinen Wohlfahrt entwickelt*6. Gerade im Baupolizeirecht ist diese Entwicklung zum Ordnungs- und Planungsrecht am weitesten fortgeschritten*7.

Insbesondere zwei Gründe sind es, welche den Staat immer mehr veranlassen, die Grenzen des liberalen Baupolizeibegriffes zu überschreiten und die private Bautätigkeit mittels präventiver Regelung zu lenken*8. Auf der einen Seite bewirkt eine Baute, welche mit grossem Aufwand von Zeit und Geld errichtet wurde, eine längerfristige Veränderung der Erdoberfläche und kann so, wie die natürlichen Gegebenheiten, für Jahre hinaus zu praktisch unabänderlichen, oftmals unbefriedigenden Situationen führen. So hängt der Wert einer Wohnlage hinsichtlich Sonne und Aussicht ebenso sehr von der Art, wie die Umgebung überbaut ist, als auch von topographischen Gegebenheiten ab*9.

---

*4 vgl. Ebnöther S. 13, Zwygart S. 67, Luder S. 36
*5 BGE 85 I 225 ff betont zwar immer noch den Polizeicharakter, vgl. Kritik Saladin S. 345
*6 vgl. Buser S. 59, Huber (Rechtliche Probleme) S. 69 ff
*7 Gygi (Baugesetzgebung) S. 215
*8 vgl. Luder S. 17 ff "Präventive Regelung bedeutet nicht nur, dass die einzelnen Bauprojekte vor ihrer Ausführung staatlich kontrolliert werden (Prävention des formellen Baupolizeirechts), sondern vor allem, dass die materiellen Gebote und Verbote auf die zukünftige Entwicklung zugeschnitten werden (Prävention des materiellen Baupolizeirechtes: die Planung) S. 18"
*9 Luder S. 18

Auf der anderen Seite ist in unserer Zeit der immer steigenden Bodenpreise und Baukosten die Tendenz offensichtlich, dass immer mehr Menschen durch ein persönliches oder wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis gezwungen sind, in Wohnungen oder Arbeitsräumen zu leben und zu arbeiten, über deren Ausgestaltung wenige, meistens anonyme Dritte, befunden haben.

B) DAS BAURECHT IM KANTON BERN

5. Die Baupolizeigesetzgebung

Ein erstes Baugesetz, das aber die Zeit der Helvetik nicht überdauerte, wurde im Jahre 1798 erlassen. Der Grosse Rat füllte vorerst die durch die Aufhebung jeglicher baupolizeilicher Ordnung entstandene Lücke nicht aus. Erst 1810 führte eine Verordnung "zur Abwehr des eingetretenen regellosen Zustandes"*1 die Bewilligungspflicht für Bauten ein, wobei aber jedwelche materiellen Baupolizeivorschriften fehlten. 1832 delegierte eine weitere Verordnung die baupolizeilichen Obliegenheiten an die Gemeinden, wobei dem Kanton die Oberaufsicht verblieb. Gestützt auf diese Delegation erliessen in der Folge verschiedene Gemeinden baupolizeiliche Vorschriften. So beschlossen Biel 1857, Bern 1869*2 einen Alignementsplan, der vom Grossen Rat in Vollziehung seiner Oberaufsicht genehmigt wurde.

1880 erhielt das Bundesgericht Gelegenheit, die Rechtsmässigkeit solcher kommunaler Baupolizeivorschriften zu überprüfen. Es stellte auf den Alignementsplan der Stadt Biel bezugnehmend vorerst fest, "dass die verfassungsmässige Garantie der Unverletzlichkeit des Eigentums, beziehungsweise die Befugnisse der Gesetzgebung keineswegs ausschliesst, den Inhalt des Eigentums, beziehungsweise die Befugnisse, welche dasselbe gewährt, näher zu bestimmen und zu begrenzen"*3. Im weitern führte es aus,

---

*1 vgl. für das folgende Zaugg S. 19 ff, Lienhard in Tagblatt 31. Januar 1894

*2 Für die Entwicklung des Baupolizeirechtes der Stadt Bern vgl. Gaschen im Protokoll der stadträtlichen Spezialkommission zur Beratung der neuen Bauordnung vom 23. Oktober 1951

*3 BGE 1880 S. 586 ff

dass demnach der Inhalt des Eigentums einzig auf dem Wege der Gesetzgebung beschränkt werden könne, dass eine solche gesetzliche Grundlage für die bernischen Gemeinden nicht gegeben sei. Gestützt auf diese im Grundsatz noch heute gültigen Ueberlegungen erklärte es darauf den Alignementsplan der Stadt Biel als teilweise verfassungswidrig. 7 Jahre später entschied es bei der Beurteilung eines Alignementsplanes der Stadt Bern in analoger Weise*4.

Dieser Mangel einer gesetzlichen Grundlage, offenbart durch die bundesgerichtliche Rechtssprechung, führte zum Gesetz vom 15. Juli 1894 betreffend die Aufstellung von Alignementsplänen und von baupolizeilichen Vorschriften durch die Gemeinden. Dieses Gesetz war entsprechend seiner Entstehungsgeschichte ein Ermächtigungsgesetz, das primär den einzelnen Gemeinden die für den Erlass baupolizeilicher Vorschriften notwendige Rechtsgrundlage zu schaffen hatte. Auf kantonaler Ebene wurde darauf verzichtet, ein eigenes Baupolizeirecht aufzustellen. Jede Gemeinde hatte nun das Recht, nicht aber die Pflicht, eigene baupolizeiliche Bestimmungen zu erlassen.

Insbesondere nach dem zweiten Weltkrieg begannen die Gemeinden, in ihre rein defensiven Baupolizeireglemente, welche dem Schutz von Leib und Leben, Gesundheit und Sicherheit dienten, immer vermehrt planerische Gedanken einzubauen; Bauklassen, Zonenpläne entstanden*6. Wiederum war der kantonale Gesetzgeber gezwungen, "die auf Gemeindeebene eingetretene Rechtsent-

---

*4 BGE 1887, S. 281 ff, vgl. auch Roos (Gesetzmässigkeit) S. 117 ff
*5 vgl. Hofmann, Die Kompetenz bernischer Gemeinden zur Aufstellung von Alignementsplänen, Diss. Bern 1928
*6 vgl. Liver (Rechtliche Probleme) S. 11

wicklung durch die nachträgliche Schaffung genügender Rechtsgrundlagen zu sanktionieren"*7.

Neben diesen rechtsstaatlichen sprachen aber auch andere Gründe vehement für eine neue Baurechtsregelung. Von den 492 bernischen Gemeinden hatten 1956 erst 166 ein Baureglement aufgestellt, so dass für grosse Teile des Kantons die Bautätigkeit nur durch die wenigen diesbezüglichen Bestimmungen des Wasserbau-, Wasserbaupolizei- und Forstgesetzes sowie durch das Verunstaltungsverbot der Landschaftsschutzverordnung geregelt wurde. Der Erlass kantonaler Baupolizeivorschriften, welche subsidiär die kommunale Ordnung beim Fehlen von Bauvorschriften sicherstellen sollten, drängte sich auf*8. Am 26. Januar 1958 wurde das Gesetz über die Bauvorschriften vom Volk angenommen. Die Gemeinden erhielten dadurch unter anderem das Recht, eine Landwirtschaftszone*9 auszuscheiden, Zonen- und Bebauungspläne sowie Sonderbauvorschriften zu erlassen. Einige wenige kantonale Baupolizeivorschriften mit subsidiärer Geltung für Gemeinden ohne Bauordnung sorgten für einen Minimalschutz innerhalb des ganzen Kantonsgebietes.

Eine weitere Verknappung des Bodens, bedingt unter anderem durch die Bevölkerungsvermehrung, die steigenden Ansprüche an den Wohnkomfort und die stetig zunehmende Motorisierung sowie steigende Baukosten führten nebst der gesamtschweizerisch gesehen eher stagnierenden Wirtschaftslage dazu, dass der Grosse Rat durch Dekret vom 14. September 1967 ein der kantonalen

---

*7 Zaugg S. 21, vgl. auch Gygi (Baugesetzgebung) S. 266
*8 vgl. Vortrag der Baudirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend das Gesetz über die Bauvorschriften vom 15. März 1956
*9 vgl. Schwarz, Die Landwirtschaftszone unter besonderer Berücksichtigung des bernischen Rechtes, Diss. Bern 1961

Baudirektion angegliedertes Planungsamt*10 schuf. Die für eine wirksame Tätigkeit dieses Amtes notwendigen gesetzlichen Grundlagen fehlten aber. Das Gesetz über die Bauvorschriften bot zwar den Gemeinden eine klare und brauchbare Rechtsgrundlage, dem Kanton verunmöglichte es aber, mit Erfolg die kommunalen Planungsziele zu koordinieren und eine sinnvolle Kantonsplanung durchzuführen. So wurden schon 1965 die Revisionsarbeiten aufgenommen, welche in dem am 7. Juni 1970 vom Bernervolk angenommenen Baugesetz ausmündeten.

Dieses heute geltende Gesetz ordnet neben dem traditionellen Baupolizeirecht (Art. 1 - 65) erstmals eingehend das Planungsrecht (Art. 66 - 110); in einem dritten Teil sind die Vollzugs- und Uebergangsbestimmungen festgelegt.

---

*10 vgl. Vortrag der Baudirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates zum Baugesetz vom 4. März 1969

6. Die privatrechtliche Baugesetzgebung

Art. 686 ZGB bildet einen echten, zuteilenden Vorbehalt*1 zugunsten der Kantone, durch den ihnen die Regelung des privaten Baurechts überlassen wird*2. Das Bundeszivilrecht bestimmt einzig, welches die Folgen einer Verletzung der von den Kantonen geschaffenen privatrechtlichen Bauvorschriften sind (vgl. Art. 685 Absatz 2 in Verbindung mit Art. 674 ZGB). Diese Ordnung gilt absolut, sodass kantonale Vorschriften, welche die Folge von Verletzungen privatrechtlicher Baubestimmungen regeln, nichtig sind*3. Selbstverständlich werden dadurch die Kantone in ihrer Kompetenz, öffentlich-rechtliche Vorschriften sowie die Sanktionen ihrer Verletzung aufzustellen, nicht im geringsten eingeschränkt. Die Regel von Art. 685 Absatz 2 ZGB kann nur für privatrechtliche Verhältnisse gelten*4.

Während das bernische Gesetz über die Aufstellung von Alignementsplänen und von baupolizeilichen Vorschriften durch die Gemeinden vom 15. Juli 1894 nur öffentlich-rechtliche Bestimmungen enthielt und nicht Bezug auf eine privatrechtliche Regelung nahm*5, begründete das Gesetz über die Bauvorschriften vom 26. Januar 1958 die privatrechtliche Ordnung in Art. 79 EG/ZGB. Diese Bestimmung hat sich indessen in der Folge als vollkommen ungenügend erwiesen, so dass die Gemeinden von der in Litera a) bestimmten Delegation Gebrauch machten und versuchten, mit ihren Baureglementen die nachbarrechtliche Ordnung zu ergänzen. Dies führte zu einer kaum entwirrbaren Viel-

---

*1 Zum Begriff vgl. Liver (Einleitung) N 16 zu Art. 5 ZGB
*2 vgl. Liver (Rechtliche Probleme) S. 14, Bachmann S. 20, Haab N 1 ff zu Art. 686 ZGB, Leemann N 1 ff zu Art. 686 ZGB
*3 Huber (Einleitung) N 26 zu Art. 6 ZGB, Haab spricht in N 17 zu Art. 686 ZGB zu Unrecht von einer blossen Ungültigkeit
*4 Für viele Waldis S. 90, Haab N 17 zu Art. 686 ZGB
*5 Liver (Rechtliche Probleme) S. 14

falt von öffentlich- wie privatrechtlichen Bestimmungen, die den Rechtsunterworfenen wie aber auch zum Teil den Behörden jede sichere Kenntnis über die Rechtsnatur der anzuwendenden Vorschriften raubte*6. Erst das Baugesetz vom 7. Juni 1970 führte dazu, dass das private Baurecht auf kantonaler Ebene einheitlich und abschliessend geregelt wurde*7.

Das private Baurecht ist vom öffentlich-rechtlichen insbesondere durch zwei Charakteristika zu unterscheiden: Einmal sind dessen Vorschriften insofern dispositiver Natur, als sie jederzeit durch Rechtsgeschäft unter den beteiligten Privaten beliebig, d.h. selbstverständlich innerhalb der von Art. 19/20 OR generell aufgestellten Schranken und unter Beachtung der Förmlichkeiten von Art. 680 Absatz 2 ZGB aufgehoben, abgeändert oder neu begründet werden können. Sie sind deshalb von Privaten aus gesehen ungleich weniger einschneidend als das zwingende, von Amtes anzuwendende Baupolizeirecht.

Auf der anderen Seite bietet gerade dieses biegsame private Baurecht dem Bürger den grössten Schutz, indem hier der Staat im Gegensatz zum öffentlichen Baurecht keine Möglichkeiten hat, seine "übergeordneten" Interessen mittels Ausnahmebewilligungen über die individuellen Bedürfnisse zu stellen*8. Das private Baurecht bildet daher dem immer weiter expandierenden Baupolizei- und Planungsrecht eine Grenze, die zu überschrei-

---

*6 vgl. Zaugg N 1 ff zu Art. 118 BauG, Liver in ZbJV 1967 S. 411 f, sowie Zbl 1959 S. 503

*7 Art. 79 bis 79 lit. o EG/ZGB in der Fassung von Art. 118 BauG

*8 Luder S. 26, Liver (Rechtliche Probleme) S. 32 f, vgl. auch Honegger S. 1 ff

ten nur unter Wahrung der enteignungsrechtlichen Grundsätze zulässig ist*9. "Aber sein Schutz beschränkt sich auf das Minimum, welches erforderlich ist, um Kollisionen in der Eigentumsausübung der Nachbarn zu verhindern. Dies sind im Vergleich mit den öffentlich-rechtlichen geringe Beschränkungen. Aus ihrer Gegenseitigkeit folgt, dass sie den Nachbarn dem Umfange nach ebenso geringe Rechte geben. Diese Rechte müssen ihm aber gesichert bleiben und dürfen nur durch Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 680 Absatz 2 ZGB oder durch Enteignung aufgehoben oder vermindert werden können. So erweist sich das private Nachbarrecht als letzte Rückzugslinie, die durch das öffentliche Recht nicht überschritten werden darf. Es bildet in der Verteigigung des Grundeigentums ein eng begrenztes Réduit, das nur im Expropriationsfall aufgehoben werden muss"*10.

Es ist deshalb festzuhalten, dass das öffentliche Baurecht in aller Regel dem Bürger wohl quantitativ einen grösseren Schutz gewährt, qualitativ aber wegen der verschiedenen Möglichkeiten von Dispensen eine ungleich kleinere Sicherheit bieten kann. So ist z.B. regelmässig der öffentlich-rechtliche Grenzabstand grösser als der privatrechtliche, kann aber, sooft das "überwiegende öffentliche Interesse" es verlangt, grundsätzlich beliebig verkürzt werden. Der privatrechtliche Grenzabstand ist indessen als Minimalgarantie auch vom Gemeinwesen zu beachten.

---

*9 Eine Ausnahme bilden einzig öffentlich-rechtliche Vorschriften über die geschlossene oder annähernd geschlossene Bauweise, denen gegenüber die privatrechtlichen Abstandsvorschriften zurückzutreten haben. Vgl. Art. 18/19 BauG sowie Zaugg **N** 2 zu Art. 118 BauG: "Hier haben die nachbarlichen Interessen hinter den planerischen Notwendigkeiten zurückzutreten".

*10 Liver (Rechtliche Probleme) S. 38, vgl. auch Kuttler, Zur Problematik der gemischt-rechtlichen Normen im Baurecht, Zbl 1966, S. 265 ff

7. Die Gemeindeautonomie

Unter Gemeindeautonomie verstehen wir die aus der staatlichen Rechtsordnung abgeleitete Befugnis zur selbständigen Setzung objektiver Normen sowie zu deren selbständigen Anwendung*1. In der bernischen Kantonsverfassung haben wir keine ausdrückliche Bestimmung, die die Gemeindeautonomie in genereller Weise garantiert*2. Gleichwohl können sich die bernischen Gemeinden in umfassender Weise auf das korporative Freiheitsrecht der Gemeindeautonomie berufen, da dieses sowohl nach Doktrin*3 wie nach Praxis*4 auch dann garantiert ist, wenn es nicht ausdrücklich in der Kantonsverfassung bestimmt ist. Die Gemeindeautonomie stellt wie der Grundsatz der Gewaltentrennung bundesrechtlich ein ungeschriebenes Verfassungsrecht dar. Auch hier ist, analog der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie, anzunehmen, dass den verschiedenen Formulierungen der Gemeindeautonomie nur insoweit rechtliche Bedeutung zukommt, als damit ein über das Bundesverfassungsrecht hinausgehender Schutz statuiert werden sollte*5.

Da den Gemeinden bei Verletzung ihrer Autonomie die staatsrechtliche Beschwerde*6 offensteht, kam das Bundesgericht in einer Vielzahl von Entscheiden dazu, den Umfang dieser Autonomie näher zu bestimmen. Dabei sind bis heute zwei wesentliche Praxisänderungen festzuhalten.

---

*1 vgl. Birchler S. 31 sowie BGE 95 I 38, wo neu auch die Rechtsanwendung der Gemeinden unter die bundesrechtliche Garantie gestellt wurde.
*2 vgl. Art. 63, 66 - 71 KV
*3 vgl. Zwahlen S. 635 f, Marti S. 24
*4 vgl. BGE 40 I 279, 42 I 191, 51 I 144
*5 vgl. S. 20
*6 vgl. Matter, Die Legitimation der Gemeinde zur staatsrechtlichen Beschwerde, Diss. Bern 1965, sowie Zimmerli, Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie, Zbl 1972 S. 257 ff

Vorerst bestand die Gemeindeautonomie nur innerhalb der originären, nicht aber der übertragenen Gemeindeaufgaben. So stellte das Bundesgericht bezüglich der Kompetenz bernischer Gemeinden zum Erlass baupolizeilicher Vorschriften fest, dass das bernische Gesetz über das Gemeindewesen "die Strassen- und Baupolizei als eine übertragene Angelegenheit der bernischen Gemeinden bezeichnet, was ihre autonome Rechtssetzungsbefugnis in diesem Gebiet ausschliesst"*7.

Die Schwierigkeiten, die originären von den übertragenen Gemeindeaufgaben zu unterscheiden, führten zu einer ersten Praxisänderung. Die bisherigen Kriterien wurden verlassen*8 und neu festgelegt, dass eine Gemeinde insoweit autonom sei, als ihr in Rechtssetzung und Verwaltung ein von jeder kantonalen Kontrolle freies Ermessen zustehe.

Die Bestimmung der Gemeindeautonomie erfolgte dadurch faktisch durch die betreffenden kantonalen Verfahrensnormen respektive Kognitionsbefugnisse*9. Wiederum bezugnehmend auf die baupolizeilichen Kompetenzen der bernischen Gemeinden wäre gestützt auf das Kriterium der Ermessensüberprüfung erneut das Fehlen der Autonomie auf diesem Gebiet festzustellen, da z.B. der Regierungsrat die kommunalen Bauvorschriften nicht nur auf die Rechts-, sondern auch auf die Zweckmässigkeit zu überprüfen hat*10.

---

* 7 BGE 81 I 33, vgl. auch Huber (Rechtliche Probleme) S. 51, BGE 65 I 131
* 8 BGE 83 I 123, 84 I 230, 89 I 107, vgl. auch Hauser S. 24 ff, Holzach S. 59
* 9 vgl. insbesondere Kritik Huber in ZbJV 1964, S. 339 und 419 sowie Liver (Gemeinderecht) S. 40 ff, dazu BGE 92 I 375, 91 I 42
*10 Art. 14 Absatz 3 BauG, vgl. auch Art. 44, 57, 58, 59 Absatz 3 und 68 Absatz 4 BauG

1967 hat sich indessen das Bundesgericht wieder von seinem bisherigen Kriterium der Ermessenskontrolle abgewandt*11 und neu entschieden, dass eine Gemeinde unabhängig von der Ermessensüberprüfung durch den Kanton insoweit autonom sei, "als das kantonale Recht sie zur Rechtssetzung ermächtige und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit lasse"*12.

Diese Praxisänderung hat, was leicht ersichtlich ist, eine nicht zu unterschätzende Wirkung, als dadurch die bernischen Gemeinden bezüglich Erlass und Anwendung der kommunalen Baupolizeivorschriften erstmals den bundesrechtlichen Schutz der Gemeindeautonomie beanspruchen können. Das Baugesetz, unzweifelhaft als Rahmengesetz konzipiert, überlässt den Gemeinden offensichtlich eine "erhebliche Entscheidungsfreiheit"*13.

---

*11 BGE 93 I 154, 93 I 427, vgl. auch Huber in ZbJV 1968 S. 389 ff und (Rechtliche Probleme) S. 64, der diese Aenderung trotz einiger Vorbehalte begrüsst, sowie SJZ 1968 S. 342

*12 BGE 94 I 65, vgl. auch BGE 95 I 37, 96 I 151

*13 vgl. Zaugg S. 31, 115, und Huber (Jahrbuch) 1969 S. 74 f

8. Die Bauordnung in den Gemeinden

Die Autonomie der bernischen Gemeinden auf dem Gebiet des Bauwesens ist neben dem Vorbehalt des Bundesrechtes im wesentlichen durch zwei materielle Vorbehalte des kantonalen Gesetzgebers beschränkt. Auf der einen Seite beansprucht der Staat das ausschliessliche Recht, privatrechtliche Baunormen zu erlassen*1, auf der anderen Seite stellte er durch die kantonalen Bauvorschriften einige wenige, in ihrer rechtlichen Bedeutung besonders erhebliche Normen auf, die zu beachten im Interesse einer minimalen Einheitlichkeit sämtliche Gemeinden des Kantons verpflichtet sind*2. Diese zwingenden, der Gemeindeautonomie entzogenen kantonalen Bestimmungen befinden sich im wesentlichen in den mit "kantonale Bauvorschriften" überschriebenen Art. 1 - 2 BauG*3.

Wohl die grösste Bedeutung dieser kantonalen Normen kommt dem generellen Bewilligungserfordernis, das durch die Generalklausel des Art. 1 Absatz 1 BauG statuiert wurde, zu*4. Unter dem Begriff der Baubewilligung verstehen wir die staatliche Feststellung, dass ein konkretes Bauvorhaben mit den geltenden öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften im Einklang steht und auch sonst keinen öffentlichen Interessen widerspricht*5. Ihre Bedeutung erschöpft sich deshalb in einer rein formellen Wiederherstellung der durch das polizeiliche Bewilligungserfordernis

---

*1 vgl. S. 35
*2 Dies im Gegensatz zu den kantonalen Bauvorschriften des Bauvorschriftengesetzes, welchen nur subsidiäre Bedeutung zukam. Vgl. Zaugg S. 40
*3 vgl. aber auch die Art. 14, 15, 23-25, 27 und 28 BauG sowie das gesamte kantonale Planungsrecht und die kantonalen Verfahrens- und Zuständigkeitsordnungen
*4 vgl. Zaugg N 1 ff zu Art. 1 BauG
*5 vgl. Birchler S. 48, Hauser S. 150, Müller/Fehr S. 18, Hottinger S. 6 ff, BGE 80 I 69, 94 I 344 sowie Art. 2 BauG

vorübergehend aufgehobenen Baufreiheit. Sie stellt daher einen Sonderfall eines Polizeiverbotes mit Erlaubnisvorbehalt dar*6. Damit ist gleichzeitig auch festgestellt, dass der Baubewilligung nur deklarative Bedeutung zukommt. Wenn Birchler*7 sagt, dass die Baubewilligung gestaltende Wirkung habe, "indem das allgemeine Bauverbot für den Empfänger" durchbrochen werde, ist ihm entgegenzuhalten, dass grundsätzlich die aus dem Eigentumsbegriff fliessende Baufreiheit und nicht das aus dem Polizeirecht hervorgegangene Bauverbot den Ausgangspunkt darstellt. Nicht das Eigentum beschränkt das Polizeirecht, sondern die Baupolizei modifiziert beim Vorliegen bestimmter Gründe die Eigentumsbefugnisse. Die Feststellung, dass solche Gründe nicht vorliegen, gewährt dem Bauwilligen deshalb keine neuen Rechte und ist daher deklaratorisch*8.

Innerhalb ihrer Autonomie, verstanden im Sinne der neuesten bundesgerichtlichen Praxis, können die Gemeinden die Ueberbauung ihres Gebietes insbesondere durch das Baureglement und den Zonenplan sowie durch Ueberbauungspläne (früher Baulinienpläne), Gestaltungspläne (früher Bebauungspläne) und Sonderbauvorschriften regeln*9. Das Gesetz verpflichtet sie aber im Sinne einer Minimalordnung, gestützt auf die z.T. wenig erfreulichen Erfahrungen, zum Erlass eines Baureglementes und zur Abgrenzung des Baugebietes vom übrigen Gemeindegebiet. Lediglich ländliche Gemeinden können durch die Baudirektion bei geringer baulicher Entwicklung für je 5 Jahre von dieser Pflicht befreit werden. In solchen Gemeinden gilt als Baugebiet das von der Gemeinde erschlossene Bauland und als Bau-

---

*6 vgl. Hauser S. 151, Zimmermann S. 12, Thoma S. 248
*7 Birchler S. 54, so auch Müller/Fehr S. 18, Luder S. 99 f
*8 So auch Hauser S. 151, Zimmermann S. 8, Herter S. 67, Schwarzenbach S. 117 f, Hottinger S. 11
*9 Art. 13 BauG

reglement die Bestimmungen des Dekretes über das Normalbaureglement*10.

Unter Baureglement verstehen wir "kommunale Satzungen, welche die bauliche Nutzung von Grund und Boden regeln und daneben weitere von der Gemeinde erlassene Beschränkungen der Baufreiheit enthalten"*11. Der Inhalt der Reglemente hat den kommunalen Bedürfnissen zu entsprechen, wobei aber mindestens die im NBR geregelten Tatbestände geordnet sein sollten, da gemäss Art. 16 Absatz 3 BauG beim Fehlen einer Gemeindevorschrift die Bestimmungen des Normalbaureglementes gelten. Die Aufzählung von Art. 17 BauG über die möglichen Bestimmungen eines Gemeindebaureglementes ist weder als abschliessend noch als zwingend zu verstehen*12. Den Gemeinden steht es innerhalb ihrer Autonomie frei, weitere Sachverhalte zu ordnen oder auf die Regelung gewisser, in Art. 17 und 18 BauG erwähnten Möglichkeiten zu verzichten, sofern die lokalen Gegebenheiten dies ermöglichen.

Baureglemente werden grundsätzlich nach den gleichen Verfahrensvorschriften erlassen, abgeändert oder aufgehoben wie Gemeindereglemente*13. Sie sind durch die kantonale Baudirektion in Ausübung der staatlichen Oberaufsicht zu genehmigen. Diese Genehmigung, bei der sowohl die Gesetz- wie auch die Zweckmässigkeit überprüft wird, hat konstitutive Bedeutung, ist daher Gültigkeitserfordernis. Dennoch werden allfällige Mängel des

---

*10 vgl. Art. 14, 15, 16 BauG
*11 Hauser S. 8, vgl. auch Schaumann S. 35
*12 vgl. Zaugg N 1 zu Art. 17 BauG
*13 Art. 41 BauG, für das Verfahren vgl. Verordnung über die Gemeindereglemente und die staatliche Oberaufsicht über die Gemeindeverwaltung vom 5. April 1938. Näheres bei Zaugg N 1 ff zu Art. 41 BauG

Reglementes durch eine zu Unrecht erfolgte Genehmigung nicht geheilt*14.

Als zweites Element der baurechtlichen Grundordnung der Gemeinden bezeichnet Art. 13 BauG den Zonenplan. Darunter ist ein von der Gemeinde aufgestellter graphischer Plan zu verstehen, der das Baugebiet vom übrigen Gemeindegebiet scheidet und innerhalb des Baugebietes die Bauzonen, Frei- und Grünflächen sowie die Schutzgebiete und Gefahrenzonen festlegt*15.

Zweck des Zonenplanes ist es, wie derjenige des Baureglementes, die wirtschaftliche und bauliche Nutzung des Gemeindegebietes zu regeln*16. Während dies nun das letztere in der herkömmlichen Form der sprachlichen Formulierung zu erreichen versucht, geschieht dies beim Zonenplan in der neueren, oftmals die Uebersichtlichkeit und Verständlichkeit fördernden Gestalt der kartographischen Darstellung.

Baureglement und Zonenplan verhalten sich demnach zueinander wie Karte und Legende*17. So kommt es nicht von ungefähr, dass bei Erlass, Aufhebung und Abänderung eines Zonenplanes die gleichen Förmlichkeiten wie bei Baureglementen zu beachten sind*18. Damit soll nicht zu der Streitfrage Stellung ge-

---

*14 vgl. Zaugg N 1 zu Art. 44 sowie N 1 zu Art. 45 BauG sowie MBVR 1966 Nr. 28 und BGE 89 I 24
*15 Art. 20 BauG, vgl. Hauser S. 20, Schaumann S. 24, Schwarz S. 39
*16 vgl. Entscheid des Regierungsrates des Kantons Zürich betreffend der Gemeinde Unterengstringen vom 5. Dezember 1964, publiziert im Zbl 1964 S. 464 ff, vgl. Aregger S. 116 ff
*17 Hauser S. 20
*18 Art. 41 BauG

nommen werden, ob dem bernischen Zonenplan eher Norm- oder aber Verfügungscharakter zukommt*19. Das Problem der Rechtsnatur von Plänen wird hier offengelassen.

---

*19 vgl. Schwarz S. 41 ff, der den Zonenplan als Norm, Zaugg N 2 zu Art. 20 BauG, der ihn eher als Verfügung versteht, siehe auch Liver (Rechtliche Probleme) S. 32, Huber (Rechtliche Probleme) S. 55 f

9. Die Ausnahmebewilligung

Im Gegensatz zu den zivilrechtlichen Normen, die in ihrer überwiegenden Mehrzahl nur dispositiven Charakter haben, ist das öffentliche Recht grundsätzlich sowohl für die Rechtsunterworfenen wie für die Rechtsanwendenden zwingender Natur, "dies ergibt sich in der Regel schon aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit"*1. Das öffentliche Recht, erlassen im Interesse der Allgemeinheit, erlaubt im Gegensatz zum Privatrecht, verstanden als Lösungsvorschlag von privaten Anspruchskollisionen, kein Abweichen von den erlassenen Normen.

Während die vom Gesetzgeber dem Bürger gewährte Privatrechtsordnung durch rechtsgeschäftliche Willensäusserung immer wieder an die konkreten Gegebenheiten und Bedürfnisse des Einzelfalles angepasst werden kann, besteht diese Möglichkeit grundsätzlich für die zwingenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen nicht oder doch nicht in diesem Masse*2, so dass vom Gesetzgeber, um nicht einem starren, rechtswirklichkeitsfremden Schematismus zu verfallen, "restlose Einsicht in alle Zusammenhänge der zu regelnden Materie und darüber hinaus eine abschliessende Kenntnis und Bewertung aller möglichen Beziehungen zwischen Staat und Bürger vorausgesetzt"*3 werden müsste. Dass die Legislative solchen Forderungen jemals gewachsen sein könnte, ist sicherlich zu verneinen. Die Rechtsgeschichte beweist klar, dass keine Kodifizierung, auch wenn sie noch so ausführlich erfolgt ist, alle möglichen Verhältnisse persönlicher, zeitlicher und

---

*1 Ramstein S. 16, vgl. auch Gygi (Verwaltungsrecht) S. 1 ff

*2 Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge ist immer noch bestritten, wobei auch die Befürworter ihnen nur eine beschränkte Bedeutung zumessen. Vgl. Imboden Nr. 211, 216, 221, 356

*3 Birchler S. 55, vgl. auch Zimmermann S. 1

örtlicher Art in befriedigender Weise berücksichtigen kann*4. Die gesetzlichen Regelungen sollten sich deshalb bewusst begnügen, nur die wesentlichsten generell-abstrakten Normen zu erlassen.

Um die aus dieser unumgänglichen Lückenhaftigkeit entstehenden Härten zu vermeiden, besteht in der Regel beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen das Recht der Verwaltung, den Bedürfnissen des Einzelfalles mittels einer Ausnahmebewilligung entgegen der naturgemäss mangelhaften gesetzlichen Regelungen Rechnung zu tragen*5. Die Ausnahmebewilligung stellt sich somit als notwendige Korrekturmöglichkeit grundsätzlich zwingend zu beachtender öffentlich-rechtlicher Normen dar, wobei ihre Notwendigkeit im Ungenügen des Gesetzgebers begründet ist.

Durch die Erteilung einer Ausnahmebewilligung wird ein Rechtssatz nicht aufgehoben, wohl aber für die Lösung eines konkreten Falles suspendiert. Der Verwaltung wird dadurch ein Instrument gegeben, mit dem die Geltung der Normen der Legislativen für den Einzelfall eingeengt, ja aufgehoben werden kann.

Aus dem Grundsatz der Gewaltentrennung, der wie die Gemeindeautonomie ein ungeschriebenes Verfassungsrecht des Bundes darstellt*6, sowie aus dem Gebot der Gesetzesmässigkeit der Verwaltung*7 ergibt sich eindeutig das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für die Erteilung von Ausnahmebewilligungen*8. Diese gesetzliche Grundlage stellt Art. 46 BauG dar. Damit er-

---

*4 vgl. Liver (Einleitung) N 125 ff der Einleitung
*5 vgl. Hauser S. 153 ff, Luder S. 100 f
*6 vgl. Marti S. 24, sowie BGE 56 I 161, 71 I 7, 81 I 183
*7 vgl. Roos (Gesetzmässigkeit) S. 117 ff, Zimmermann S. 3
*8 Birchler S. 56, Zimmermann S. 4, Hauser S. 155, Luder S. 101

gibt es sich auch, dass die Rechtsstellung des Begünstigten durch die Erteilung der Ausnahmebewilligung verändert wird, indem hier, im Gegensatz zu den ordentlichen Baubewilligungen, Rechte begründet werden, die ihm vorher nicht zustanden. Die Ausnahmebewilligung hat demnach konstitutiven Charakter*9.

Auf keinem andern Gebiet hat die Ausnahmebewilligung eine so grosse Bedeutung und Verbreitung gefunden wie im Baurecht, wobei wir mit Zimmermann unter dem Begriff der baurechtlichen Ausnahmebewilligung eine Polizeierlaubnis verstehen, "durch welche ein an sich rechtswidriges Bauprojekt unter entsprechender Abänderung des materiellen Baupolizeirechtes für diesen Einzelfall genehmigt wird"*10. Die grosse Bedeutung der baupolizeilichen Ausnahmebewilligung kann insbesondere durch zwei Momente erklärt werden. Jede Normierung eines Sachverhaltes, so auch die baurechtliche Ordnung eines Gebietes, muss von Durchschnittswerten ausgehen. Je weiter und je öfter sich nun die Grenzwerte vom Durchschnittswert entfernen, desto stossender wirkt sich die generelle Anwendung der auf dem Mittelmass beruhenden Normen aus. In den letzten Jahrzehnten zeigte es sich nun, dass die horizontale und insbesondere vertikale Nutzung der Grundstücke infolge neuer Bauweise (Hochhäuser) sowie ihre Lage wegen des steten Ausbaus der Infrastruktur (Autobahnen) immer grösseren Veränderungen unterworfen sind, die fortlaufend zu erfassen den Bauordnungen sowohl aus praktischen wie auch rechtlichen Gründen (Rechtssicherheit, Einheitlichkeit) immer schwieriger wird*11. Auf der anderen Seite ist gerade im Umstand, dass das Bauordnungsrecht im Bestreben nach einer klaren und eindeutigen Ordnung "die Konkre-

---

* 9 vgl. S. 41, sowie Zimmermann S. 8, Hauser S. 154, BGE 98 I 38
*10 Zimmermann S. 97
*11 vgl. Zaugg S. 193, Zimmermann S. 38

tisierung gesetzlicher oder gesetzesvertretender Regelungen am weitesten*12 getrieben hat, eine zweite Erklärung für die stete Zunahme der Ausnahmebewilligungen zu erblicken. Gerade hier zeigt es sich wieder, dass eine anpassungsfähige, auf das Wesentliche beschränkte Ordnung, welche den rechtsanwendenden Behörden einen weiten Spielraum lässt, starren und kasuitischen Einzelregelungen vorzuziehen ist, da letztere, wie insbesondere das Baurecht zeigt, immer wieder durch Ausnahmebewilligungen durchbrochen werden müssen, wenn man nicht konsequent den jedes Rechtsempfinden verletzenden Grundsatz "lex dura, sed lex" hochhalten will.

Eine weitere Zunahme der die Rechtsüberzeugung der Bevölkerung verunsichernden Ausnahmebewilligungen ist daher m.E. nur mit einer elastischeren Formulierung der Vorschriften zu vermeiden. Der nicht selten gehörte Ruf*13 nach einer restriktiven Erteilung von Ausnahmebewilligungen schützt wohl die Rechtssicherheit, verletzt aber des öftern die legitimen Ansprüche der Gesuchsteller und kann so kaum zu einer befriedigenden Lösung führen*14.

---

*12 Gygi (Rechtsprechung) S. 129 f
Derselbe a.a.O. "Das regelkonforme Bauen wird weithin zur Ausnahme"
*13 vgl. Hauser S. 159
*14 vgl. Birchler S. 58, Zimmermann S. 38, Gygi (Baugesetzgebung) S. 217 ff, Zaugg S. 193

10. Die Baulinie

Die Baulinie ist ein Bestandteil des Ueberbauungsplanes (früher Baulinienplan genannt), dessen Zweck in der Ordnung bestimmt zu bezeichnender Teile*1 eines Gemeindegebietes besteht*2. Die Baulinien geben im Sinne der Legaldefinition von Art. 33 BauG die Linie an, bis zu der gebaut werden darf. Sie stellen damit ein Mittel der Baupolizei dar, in der Form der graphischen Darstellung Lage und Stellung einer Mehrzahl von Bauten zu bestimmen*3. Im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen Grenz- und Gebäudeabstandvorschriften, welche eine Nutzungsbeschränkung zugunsten des privaten Eigentums darstellen*4, wollen die Baulinien primär die Lage der Bauten gegenüber den öffentlichen Verkehrsflächen sowie, bei Bedarf, gegenüber Gewässern, Waldrändern und wichtigen Leitungen normieren*5.

Es kommen ihnen insbesondere folgende Aufgaben zu: Sie scheiden den für den späteren Ausbau der Erschliessungsanlagen notwendigen Boden aus. Gleichzeitig fördern sie damit die Verkehrsübersicht der Verkehrsteilnehmer auf der einen Seite und schützen die Strassenanwohner von übermässigen Lärm- und Abgasimmissionen auf der anderen Seite*6. Im weiteren übernehmen sie

---

*1 Zum Erfordernis der Bestimmtheit der Bebauungspläne vgl. die analog geltenden Ausführungen von Schwarz zu den Zonenplänen S. 40. Die Analogie rechtfertigt sich durch den Umstand, dass in Gemeinden ohne Zonenpläne die Ueberbauungspläne die notwendig verlangte Bezeichnung des Baugebietes beinhalten. Vgl. Art. 14 Absatz 1 BauG

*2 Art. 31 BauG. Zur Grösse des Plangebietes vgl. MBVR 1964 Nr. 64

*3 vgl. Hauser S. 102, Luder S. 114, Zwygart S. 90, Nabholz S. 33, MBVR 1945 Nr. 96

*4 vgl. Hauser S. 107

*5 Art. 32 BauG

*6 vgl. Blumenstein, Die Aufstellung rückwärtiger Baulinien in Baureglementen, in MBVR 1947 S. 369 ff

"die Funktion des Grenzabstandes und des Gebäudeabstandes für die sich über die Strasse hinweg gegenüberliegenden Bauten"*7. Neben diesen planerischen, verkehrs-, gesundheits- und feuerpolizeilichen Aufgaben können Baulinien, insbesondere wenn sie nicht rein defensiv als Verbot, sondern gestaltend als Gebot erlassen werden, auch ästhetische Ziele, wie die Erhaltung oder Herbeiführung von einheitlichen Gebäudefluchten längs Strassen, Flüssen und Waldrändern, verfolgen*8.

Um diesen mannigfachen Aufgaben gewachsen zu sein, äussern die Baulinien im wesentlichen vier verschiedene Rechtswirkungen: In erster Linie enthalten sie, was auch klar aus der Legaldefinition ersichtlich ist, ein Bauverbot für den zwischen ihnen und dem öffentlichen Verkehrsraum liegenden Grundstücksstreifen. Innerhalb dieses Bauverbotsgebietes, oft Vorland genannt, dürfen grundsätzlich keine Bauten erstellt werden, wobei aber das Gesetz unter der Voraussetzung, dass dadurch die Verkehrssicherheit nicht gefährdet und ein eventuell später zu erfolgender Ausbau der Verkehrsflächen nicht erschwert wird, mehrere Durchbrechungen zulässt. So sind z.B. Vordächer, Balkone, Erker, Terrassen, Parkplätze, Garagen sowie unterirdische Anlagen bis zu einem gewissen Ausmasse auch innerhalb des Vorlandes gestattet*9. - Die Baulinien sind aber auch beim Wiederaufbau abgebrochener oder zerstörter Gebäude einzuhalten, wobei auch Umbauten, sofern sie den Rahmen ortsüblicher Renovationsarbeiten übersteigen, verboten sind*10. Das Bauverbot für unbebautes und das Umbauverbot für bebautes Vorland gewährleisten somit langfristig die Durchsetzung der Baulinien.

---

* 7 Zaugg N 1 zu Art. 33 BauG, vgl. auch Hauser S. 103
* 8 Art. 33 Absatz 3 BauG, vgl. Nabholz S. 35 und Luder S. 115
* 9 vgl. Zaugg N 5 zu Art. 6 BauG sowie Luder S. 116
*10 Art. 33 BauG

Die längs der Verkehrsanlagen und Leitungen gelegten Baulinien beinhalten eine weitere Wirkung, indem den Gemeinden damit das Expropriationsrecht für das Vorland gegeben ist, sofern dies für eine gegenwärtige oder spätere Erweiterung der Verkehrs- oder Leitungsanlagen notwendig ist*11. Im weiteren können die Gemeinden durch die Aufstellung von Baulinien die Bauwilligen verpflichten, die Gebäudefront direkt auf die Baulinie zu stellen*12. Endlich heben die Baulinien als Bestandteil des Bebauungsplanes, welcher als Sonderregelung der allgemeinen Ordnung des Zonenplanes vorgeht, die durch die kommunalen Reglemente aufgestellten Grenz- und Gebäudeabstände auf*13. So stellte schon 1936 der bernische Appellationshof fest, "dass eine in einem Alignementsplan enthaltene Vorschrift (handle es sich nun um eine ausdrückliche Bestimmung oder eine darin gezogene Linie) als lex specialis den allgemeinen Abstandsvorschriften der Bauordnung derogiert"*14. Es ist somit festzuhalten, dass die Baulinien die kommunale Grundordnung, bestehend aus Baureglement und Zonenplan, durchbrechen können, womit sie, falls die Nutzungsmöglichkeit im Verhältnis zur alten Ordnung vergrössert wird, im Ergebnis nahe an die Ausnahmebewilligungen herankommen.

Im Folgenden soll deshalb versucht werden, diese beiden Rechtsinstitute voneinander abzugrenzen.- Die Ausnahmebewilligung*15

---

*11 Art. 97 BauG
*12 Art. 33 Absatz 2 BauG
*13 vgl. Zaugg N 6 zu Art. 31, N 2 zu Art. 33 BauG. Eine Ausnahme bilden einzig die mit nur subsidiärer Geltung ausgestatteten Hilfsbaulinien Art. 34 Absatz 2 BauG
*14 Entscheid der II. Zivilkammer vom 2. Juli 1936 i.S. Gadola/Einwohnergemeinde Bern, publiziert in ZbJV 1938 S. 567
*15 vgl. S. 46

ist ein Mittel der Verwaltung, eine nicht durch das öffentliche Interesse bedingte Härte bei der Anwendung der baurechtlichen Grundordnung auf einen konkreten Einzelfall zu vermeiden. Die Baulinien dagegen unterliegen, vorbehältlich einer ausdrücklichen Delegation durch das Baureglement an den Grossen, Gemeinde- oder Stadtrat, der Gemeindeabstimmung*16. Die Verwaltung ist nicht befugt, Baulinien in eigener Kompetenz zu erlassen. Im weiteren bewirkt der Erlass einer Baulinie "einen allgemeingültigen, nicht auf das konkrete Bauvorhaben beschränkten neuen Rechtszustand"*17. Die Baulinie suspendiert deshalb nicht nur die Geltung einer Norm auf einen bestimmten Fall, sondern hebt sie im Gegensatz zu der Ausnahmebewilligung vollkommen auf. Ein Widerruf der Baulinie ist deshalb nicht möglich. Ihre Wirkung kann nur durch contrarius actus, d.h. durch den Erlass eines neuen, die bestehende Regelung negierenden Beschlusses, aufgehoben oder aber durch eine Ausnahmebewilligung für einen Einzelfall suspendiert werden*17a.

Gestützt auf diese Wesensverschiedenheit ergibt sich auch, dass Baulinien, nicht aber Ausnahmebewilligungen, ein wesentliches Instrument der baurechtlichen Planung darstellen*18. "Eine solche ist notwendigerweise vorausschauend und bestrebt, einheitliche Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass das gesetzte Ziel erreicht werden kann. Daraus ergibt sich, dass eine Arkadenbaulinie nicht bloss für einzelne Grundstücke gezogen werden kann. Entsprechende, im Rahmen einer generellen Planung erlassene Bauvorschriften müssen vielmehr mindestens für ein grösseres Stück des Strassenzuges aufgestellt werden"*19.

---

*16 vgl. Art. 42 + 43 BauG, wo im Falle der Delegation das fakultative Referendum vorbehalten wird.
*17 Zaugg N 4 zu Art. 34 BauG
*17a vgl. Siegenthaler, MBVR 1971, S. 170
*18 vgl. VGE vom 16. September 1968, publiziert in MBVR 1969, S. 320
*19 BGE 95 I 554 f

Mit dieser Begründung lehnt das Bundesgericht die Rechtsmässigkeit einer nur auf ein Grundstück gelegten Baulinie ab. Damit wird zu Recht betont, dass es unzulässig ist, mittels Baulinien die baurechtliche Ordnung nur für den Einzelfall zu durchbrechen. Hiezu wäre beim Verzicht auf gewisse Nutzungsbeschränkungen die Erteilung einer Ausnahmebewilligung und bei der Begründung neuer baupolizeilicher Pflichten die Erstreckung der Baulinie auf ein grösseres Planungsgebiet nötig. Es ist also festzuhalten, dass Baulinien und Ausnahmebewilligungen, obwohl sie zu annähernd gleichen faktischen Verhältnissen führen können, wesentliche Unterschiede bezüglich Begriff und Voraussetzung aufweisen.

11. Die Sonderbauvorschriften

Unter dem Begriff der Sonderbauvorschriften verstehen wir kommunale Erlasse, welche innerhalb der durch einen Ueberbauungs- oder Gestaltungsplan*1 ausgeschiedenen Teile eines Gemeindegebietes die ihnen widersprechende baurechtliche Grundordnung (Baureglement und Zonenplan) ersetzen und insbesondere die Erstellung von höheren Häusern, Hochhäusern und anderen Sonderformen zulassen. Der Zweck der Sonderbauvorschriften besteht demnach in der Berücksichtigung von durch die kommunale Grundordnung nicht oder nicht genügend gedeckten Bedürfnissen der modernen Bauweise*2.

Obwohl sich das BauG nur über die Lockerung der allgemeinen Nutzungsbeschränkungen ausspricht, also einseitig ein Abweichen im Interesse der Bauwilligen ordnet, darf zu Recht angenommen werden, dass durch Sonderbauvorschriften auch über die allgemeine Ordnung hinausgehende Baubeschränkungen aufgestellt werden können. Sonderbauvorschriften können daher sowohl eine Nutzungssteigerung wie auch Nutzungsminderung bewirken*3.

Als Voraussetzung für den Erlass von Sonderbauvorschriften stellt Art. 39 BauG das Erfordernis der besseren Wahrung der öffentlichen, insbesondere der wohnhygienischen und ortsplanerischen Interessen auf, wobei als Beurteilungskriterien namentlich die Lage und Grösse des Gebietes, der Schutz des Landschafts- und Ortsbildes, das nach städtebaulichen Grund-

---

*1 Zum Begriff des Gestaltungsplanes vgl. Zaugg N 1 ff zu Art. 36 BauG sowie Liver (Rechtliche Probleme) S. 17

*2 vgl. Art. 38, Art. 40 Absatz 2 BauG

*3 vgl. VGE vom 11. November 1968, publiziert in MBVR 1969, S. 310 ff, RRE vom 6. Juni 1961, publiziert in MBVR 1962, S. 245 ff, sowie Zaugg N 3 zu Art. 38 BauG

sätzen verantwortbare Mass der Nutzung sowie die Berücksichtigung nachbarlicher Interessen aufgeführt werden*4. Aufgabe der Genehmigungsinstanz ist es, das Vorliegen der Voraussetzungen zu überprüfen.

Die Sonderbauvorschriften stehen grundsätzlich im gleichen Verhältnis zu den Ueberbauungs- und Gestaltungsplänen wie das Baureglement zu den Zonenplänen. Auch inbezug auf sie kann zur Illustration der wechselseitigen Beziehungen der Vergleich von Legende und Karte herangezogen werden*5. Damit ergibt es sich ohne weiteres, dass im wesentlichen sämtliche Verhältnisse, die der Regelung durch die Baureglemente unterliegen, auch durch Sonderbauvorschriften geordnet werden können*6.

Begriffsnotwendig gehen sie als lex specialis der allgemeinen Ordnung der Baureglemente und Zonenpläne vor, wobei sie aber im Gegensatz zu letzteren nur bestimmte abgegrenzte Teile des Gemeindegebietes regeln. Aus dieser räumlichen Beschränkung als wichtigsten Unterschied ergibt es sich auch, dass Teile eines in Ausarbeitung begriffenen Zonenplanes zum voraus als Sonderbauvorschriften in Kraft gesetzt werden können*7.

---

*4 vgl. Art. 129 BauVo
*5 vgl. S. 43
*6 Ein Vorbehalt zugunsten der Baureglemente ergibt sich durch die zwingenden kantonalen Verfahrensvorschriften. So etwa durch Art. 43 BauG, wo bestimmt wird, dass Zuständigkeitsdelegationen nur durch das Baureglement erfolgen können. Vgl. RRE vom 26. Februar 1965, publiziert in MBVR 1967, S. 8, wo auf diesen Vorbehalt zu Unrecht verzichtet wurde.
*7 vgl. RRE vom 6. Juni 1961, a.a.O.

S P E Z I E L L E R T E I L

A) DER LASTENAUSGLEICH

12. Die Entstehung des Lastenausgleiches

Das Alignementsgesetz von 1894 kannte das Institut des Lastenausgleiches nicht, ebenso fehlte es im Entwurf des Bauvorschriftengesetzes, wie dieser der ausserparlamentarischen Expertenkommission zur Begutachtung vorgelegt wurde. Dieser Kommission, die den gesamten Entwurf in 20 Sitzungen während dem 1. März 1955 und dem 2. März 1956 durchberaten hat, gehörten unter dem Vorsitz von Herrn Dr. Anliker, damaliger Baudirektor II der Stadt Bern, nebst dem Begutachter des Entwurfes Prof. Liver sowohl Vertreter der Verwaltung wie auch interessierter privater Kreise an*1. Innerhalb dieser Kommission tauchte zum ersten Mal die Frage auf, wer einen allfälligen Schaden zu bezahlen habe, der dadurch entstanden sei, dass einem Grundeigentümer zulasten seiner Nachbarn eine besonders intensive Bebauung seiner Liegenschaft erlaubt werde*2. Von einem Kommissionsmitglied wurde angeregt, eine Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, "dass da, wo eine Parzelle begünstigt wird, der Eigentümer derselben den Schaden des Nachbarn tragen soll"*3. Eine solche Begünstigung wurde hauptsächlich darin gesehen, dass jemand in Abweichung der generellen Bauvorschriften eine Baute errichten könne.

---

*1 vgl. Prot. vom 1. März 1955
*2 Fürsprecher R. Huber, Prot. vom 19. Juli 1955, S. 11
*3 Fürsprecher R. Huber, a.a.O. S. 12

Auch Liver*4 begrüsste grundsätzlich eine solche Bestimmung und verwies, wie auch schon andere Kommissionsmitglieder, auf den Fall Gadola, bei dem ein Grundstück durch einen Alignementsplan zugunsten einer gemeindeeigenen Liegenschaft erheblich geschädigt wurde, eine Entschädigung aber nur gesprochen werden konnte, weil von der heute nicht mehr möglichen Annahme ausgegangen wurde*5, die betreffenden Abstandsvorschriften der Bauordnung der Stadt Bern hätten sowohl öffentlich- als auch privatrechtlichen Charakter. Da nun Alignementspläne, heute Ueberbauungspläne, eindeutig rein baupolizeilicher Natur seien, könnten sie wohl die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der städtischen Bauordnung aufheben, nicht aber deren privatrechtliche Bestimmungen ersetzen. Der Schadenersatzanspruch des Klägers wurde daher wegen Verletzung der privatrechtlichen Abstandsregeln gutgeheissen.

Obwohl dieser Lösung im Ergebnis sicherlich zuzustimmen ist, muss man sich m.E. doch fragen, ob die vom Gericht erfolgte Auslegung der Abstandsvorschrift der Bauordnung nicht primär einem an sich verständlichen Billigkeitsdenken entsprach. So auch Liver: "Es musste eben eine Notlösung gefunden werden!"*6. - Bei solchen und ähnlichen Fällen könnte nach der Auffassung der Mehrheit der Kommission eine zu schaffende öffentlich-rechtliche Bestimmung, dass der durch eine Baulinie und Aehnliches Bevorteilte den geschädigten Nachbarn schadlos zu halten habe, eine bestehende Lücke schliessen.

---

*4 a.a.O. S. 12, vgl. zum Fall Gadola ZbJV 1938 S. 554 ff, MBVR 1934 S. 292, Liver in "Der Bund" Nummer 171 vom 14. April 1955, Liver (Rechtliche Probleme) S. 34 f

*5 Die Gemeinden können heute nur noch öffentlich-rechtliche Bauvorschriften erlassen. Vgl. Zaugg N 1 zu Art. 118 BauG

*6 Liver (Rechtliche Probleme) S. 35

Trotz bestimmter Einwendungen tatsächlicher und insbesondere rechtlicher Natur durch Baudirektor Brawand*7 und dessen Direktionssekretär Siegenthaler*8 wurde die Redaktionskommission beauftragt, eine Formulierung der zu schaffenden Bestimmung zu suchen.

In der abschliessenden Sitzung der Expertenkommission wurde die von der Redaktionskommission formulierte Bestimmung im wesentlichen gutgeheissen, wobei sich alle Mitglieder im klaren waren, "dass es sich beim Lastenausgleich um einen neuen Gedanken handelt und dass dessen Anwendung gewisse Schwierigkeiten mitsichbringen wird"*9. Auf eine eingehendere Normierung dieses sowohl im Kanton Bern wie in der ganzen Schweiz noch unbekannten Rechtsinstitutes*10 wurde bewusst verzichtet und die weitere Präzisierung der Begriffe der verwaltungsgerichlichen Praxis überlassen*11.

Die grossrätliche Beratung passierte die neue Regelung ohne materielle Abstriche*12. Einzig die Beschwerdefrist gegen den Gemeinderatsbeschluss wurde von 14 Tagen auf 30 Tage herauf-

---

* 7 vgl. Prot. vom 19. Juli 1955 S. 12, Prot. vom 2. März 1956 S. 20
* 8 vgl. Prot. vom 22. August 1955 S. 1. Die Behandlung der Einwände erfolgt auf Seite 125 ff hienach
* 9 Liver in Prot. vom 2. März 1956 S. 21
*10 Einzig England kannte eine dem bernischen Lastenausgleich nahekommende Regelung. Vgl. Siegenthaler in Prot. vom 2. März 1956 S. 21
*11 Vgl. Vortrag der Baudirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend das Gesetz über die Bauvorschriften in den Gemeinden vom 15. März 1956 S. 9
*12 Tagblatt 1956, Heft IV, S. 992. Im Bestreben, das Gesetz von überflüssigen und schwer verständlichen Fremdwörtern zu befreien, wurde generell Alignementsplan durch Baulinienplan ersetzt.

gesetzt. Am 1. März 1958 trat der Lastenausgleich, geregelt in Art. 27 des Gesetzes über die Bauvorschriften, in Kraft.

Gestützt auf die gemachten Erfahrungen und die Empfehlungen des Präsidenten des bernischen Verwaltungsgerichtes wurde in der Folge durch das Gesetz über die Enteignung vom 3. Oktober 1965 in Art. 60 und durch das heute geltende Baugesetz in Art. 51/52 das Verfahren zur Geltendmachung des Lastenausgleichsbegehrens verbessert*13. Von einer materiellen Aenderung des Lastenausgleiches konnte hingegen bis heute, wie dem Vortrag der kantonalen Baudirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates zum Baugesetz vom 4. März 1969 zu entnehmen ist, abgesehen werden.

---

*13 vgl. Vortrag der kantonalen Baudirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates zum Baugesetz vom 4. März 1969 S. 14

13. Die Zielsetzung des Lastenausgleiches

Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich folgende Zielsetzung des Lastenausgleiches:

Die Erfahrungen zeigten, dass Abweichungen von den kommunalen Grundordnungen in den letzten Jahrzehnten als Folge der steten Veränderungen im Bauwesen einen immer grösseren Raum einnahmen*1. Diese Entwicklung, deren Ende nicht absehbar ist, stellt sich als Folgerung des immer knapper zur Verfügung stehenden Baulandes sowie der als Folge der andauernden Konjunktur unaufhaltsam steigenden Preise des Baugewerbes dar. Insbesondere diese zwei Faktoren zwingen die Bauwilligen zu einer maximalen Nutzung ihres Bodens; eine solche kann aber mit den generellen Normen der baulichen Grundordnung nicht mehr für jeden individuellen Fall gewährleistet werden. Verlangt wird deshalb als Auswirkung des Optimierungszwanges eine vermehrte Berücksichtigung des konkreten Einzelfalles. Das Bedürfnis nach Erstellung von höheren Häusern, Hochhäusern, Terrassenhäusern und weiteren Sonderformen ist primär aus dieser Zwangssituation her zu verstehen, wobei die neueren gewaltigen Errungenschaften der Technik das dazu benötigte Know-how lieferten.

An und für sich wäre es den Gemeinden wohl möglich gewesen, diesen Wünschen nach vermehrter Berücksichtigung der Anliegen des Einzelfalles in ihren baurechtlichen Grundordnungen nachzukommen. Ein genereller Verzicht der kommunalen Satzungen

---

*1 vgl. zum folgenden Vortrag der Baudirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend das Gesetz über die Bauvorschriften vom 7. Juni 1956, III, Absatz 2

auf eine einigermassen detaillierte Bauordnung ist aber in der Zeit der integralen Orts-, Regional- und Landesplanung vollkommen irrealistisch und müsste zu katastrophalen Verhältnissen führen. Es verbleiben daher den Gemeinden nur die alternativen Möglichkeiten der räumlich oder persönlich beschränkten Zulassung von "Sonderbauregelungen" oder aber die generelle Abweisung sämtlicher die allgemeine Ordnung überschreitender Bauvorhaben. Dass das letztere sowohl jeden weiteren Fortschritt hemmen wie auch den öffentlichen Interessen diametral entgegenstehen würde, bedarf keiner weiteren Begründung, so dass nur noch der Weg mittels Ausnahmebewilligungen, Ueberbauungsplänen und Sonderbauvorschriften offen bleibt. Durch diese räumlich oder persönlich begrenzten "Sonderregelungen" wird indessen nicht nur die Stellung der daraus Berechtigten, sondern ebenso diejenige ihrer Nachbarn berührt. Nachdem nun aber einerseits der Vorteil der Berechtigten in aller Regel viel grösser als alle Nachteile der Nachbarn zusammengerechnet ist, andererseits voraussetzungsgemäss das durch das öffentliche Recht primär geschützte Allgemeininteresse nicht verletzt wird, besteht von Gemeinwesen aus betrachtet kein Grund, solche Abweichungen der Grundordnung zu verweigern. Dies kann selbstverständlich zu einer Missachtung wesentlicher Interessen der Nachbarn führen, indem ihnen dadurch nicht nur Licht, Sonne, Aussicht und aesthetische Umgebung entzogen, sondern darüber hinaus jede rationelle Ueberbauung der Liegenschaften praktisch verunmöglicht werden können*2.

Dieser Mangel im rechtlichen Schutz der Nachbarn war zur Zeit der Schaffung des Lastenausgleiches noch ungleich ausgeprägter als heute, indem damals das private Baurecht wegen seiner

---

*2 vgl. den Fall Gadola, S. 57

Unvollständigkeit und Unübersichtlichkeit kaum geeignet und in der Lage war, seiner ihm eigenen Zwecksetzung als Minimalgarantie zu genügen*3.

Der Einwand, dass den Nachbarn der Rechtsweg, eingeschlossen die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht, offenstehe, ist zwar richtig, doch kann mit Liver*4 bezweifelt werden, ob den Nachbarn damit viel geholfen wird. Der Weg zur Anfechtung solcher "Sonderregelungen" ist meistens zeit- und geldaufwendig und führt nicht selten in eine Sackgasse des "mit Fussangeln und Stolperdrähten"*5 gespickten Dschungels der Verfahrensbestimmungen und Kognitionsbereiche*6.

Der Lastenausgleich bezweckt somit unter Abwägung der Bedürfnisse des Bauherrn und der Anliegen der Nachbarn einen gerechten und einfach geltend zu machenden Ausgleich. Seine innere Rechtfertigung findet er im nachbarrechtlichen Grundsatz, dass jede "Beschränkung der eigenen Baufreiheit durch die Verpflichtung des Nachbarn zur gleichen Rücksichtsnahme mindestens kompensiert wird"*7. Wenn nun dieses Gleichgewicht von gegenseitigen Beschränkungen und Rechten durch nicht-generelle Anwendung findende Erlasse erheblich gestört wird, so muss diese einseitige Lastenverteilung ausgeglichen werden. Wenn auch der Grundeigentümer kein Recht auf den unveränderten Bestand der geltenden baurechtlichen Ordnung hat*8, so verlangen doch das das

---

*3 vgl. S. 35 f
*4 Liver (Rechtliche Probleme) S. 32 f
*5 Kummer (Grundriss) S. 5
*6 vgl. Huber, Die Legitimation der Nachbarn zur staatsrechtlichen Beschwerde in Bausachen, SJZ 1961 S. 163 ff sowie BGE 94 I 115 f
*7 Gygi (Rechtliche Probleme) S. 104 f, vgl. auch Liver in ZbJV 1967, S. 1 ff, Reichlin S. 325 a
*8 vgl. BGE 96 I 126

Baurecht umfassende Nachbarrecht und das Gleichheitsgebot, dass einem Grundeigentümer nicht einseitig nur Rechte ohne die dazugehörenden Pflichten gegenüber seinen Nachbarn gewährt werden.

Unter der Bedingung, dass die Voraussetzungen zum Erlass von Ausnahmebewilligungen, Baulinien und Sonderbauvorschriften gewissenhaft eingehalten werden, kann der Lastenausgleich zugleich noch als "Ausnahmebremse"*9 wirken, indem jedes grundordnungsabweichende Bauen die Grundlage für allfällige Lastenausgleichsansprüche abgeben kann. Jeder Bauherr wird es sich daher genau überlegen, ob er auf die Gefahr einer Leistungspflicht aus Lastenausgleich hin eine Baute entgegen der baulichen Grundordnung aufstellen will.

---

*9 Zaugg N 1 zu Art. 51 BauG, Gygi (Baugesetzgebung) S. 214 f

14. Die Praxis des bernischen Verwaltungsgerichtes

Nachdem bis heute noch keine Entscheide publiziert sind, welche einen Lastenausgleichsanspruch nach Art. 51/52 BauG zum Gegenstand haben, soll zuerst untersucht werden, ob die materiellen Voraussetzungen des Lastenausgleiches nach BauG denjenigen nach dem Gesetz über die Bauvorschriften wirklich gleichkommen, wie dies im Vortrag der kantonalen Baudirektion festgestellt wurde*1. Eine solche Untersuchung drängt sich umso mehr auf, als eine Darstellung des Lastenausgleiches in Ermangelung jeglicher spezieller Literatur von der verwaltungsgerichtlichen Praxis ausgehen muss. Art. 27 BVG in der Fassung von Art. 60 des EntG bestimmte in seinem ersten Absatz:

"Wenn ein Grundeigentümer unter Ausnützung eines besonderen Vorteils, der ihm aus einem Baulinienplan, einer Sonderbauvorschrift oder einer Ausnahmebewilligung in wesentlicher Abweichung von den örtlichen Bauvorschriften entsteht, ein Gebäude erstellen will, durch das ein benachbartes Grundstück erheblich geschädigt wird, so hat dessen Eigentümer gegen ihn Anspruch auf Entschädigung im Sinne eines Lastenausgleiches."

Demgegenüber formuliert Art. 51 Absatz 1 BauG die Voraussetzungen folgendermassen:

"Nutzt ein Grundeigentümer einen Sondervorteil, der ihm durch eine Ausnahmebewilligung, eine Baulinie, eine Sonderbauvorschrift oder sonstwie in wesentlicher Abweichung von den örtlichen Bauvorschriften zulasten eines Nachbars eingeräumt ist, so hat er diesen Nachbarn zu entschädigen, wenn die Beeinträchtigung erheblich ist."

Aus dieser Gegenüberstellung ergeben sich nebst den rein sprachlichen Verschiedenheiten insbesondere drei Differenzen.

---

*1 vgl. Anmerkung S. 59

Die Frage, ob diese Unterschiede wirklich materielle Aenderungen beinhalten, soll in der Folge zu beantworten versucht werden.

Art. 51 BauG spricht in allgemeiner Form von einer "Nutzung" eines Sondervorteils, während Art. 27 BVG konkreter und entschieden restriktiver von der "Erstellung eines Gebäudes" ausgeht. Es ist daher zu prüfen, ob durch das Baugesetz nur die bisherige Praxis in der Auslegung von Art. 27 BauvorschriftenG gesetzlich verankert wurde*2 oder ob damit wirklich eine Anspruchsvoraussetzung wesentlich erweitert wurde.

Das Verwaltungsgericht hat wiederholt festgestellt, dass unter Erstellung eines Gebäudes im Sinne des Lastenausgleiches "vernünftigerweise jede bewilligungsbedürftige bauliche Vorkehrung zu verstehen"*3 ist. - Entscheidend war also während der Geltung des Gesetzes über die Bauvorschriften nicht die Erstellung eines Gebäudes, sondern das viel umfassendere Kriterium des Erfordernisses einer Bewilligung. Eine solche kann aber auch notwendig sein, ohne dass ein Gebäude errichtet oder auch nur faktisch verändert wird. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Gebäude nur für eine ganz bestimmte Zwecksetzung bewilligt worden war (unbewohnte Dependenzbaute mit verkürztem Grenzabstand, Betrieb

---

*2 Zur Bedeutung der gerichtlichen Praxis für die Schaffung neuer bzw. Revision bestehender Gesetze vgl. BBl 1942 S. 668 ff "Es ist somit zweifellos ein Bedürfnis vorhanden, die wertvollen Ergebnisse der Praxis in gewissem Rahmen gesetzlich zu verankern ....." S. 671

*3 VGE i.S. Mühlematter/Fahrni vom 20. Dezember 1971 in MBVR 1973, Nr. 11
Allgemein wird unter Gebäude ein (wenigstens teilweise) umbauter Raum zum Schutze von Personen und Sachen gegen athmosphärische Einwirkungen verstanden.
Siegenthaler MBVR 1971, S. 180, Nr. 35

eines Gewerbes für einen beschränkten Kundenkreis), später aber diese erlaubte Nutzungsmöglichkeit überschritten wird*4. Hier würde ein Verzicht auf das allgemeine Bewilligungserfordernis, obwohl in der baulichen Ausgestaltung überhaupt nichts geändert wurde, nicht nur jegliche Lastenausgleichsansprüche verunmöglichen, sondern überhaupt Tür und Tor für die verschiedenartigsten Umgehungen der baurechtlichen Ordnung öffnen. - Es ist somit festzuhalten, dass nach Art. 27 BauvorschriftenG nicht das tatsächliche Moment der Erstellung einer Baute, sondern das rechtliche Kriterium der Bewilligungsbedürftigkeit entscheidend war.

Es ist daher nur noch zu prüfen, ob das Baugesetz unter Formulierung "Nutzt ein Grundeigentümer einen Sondervorteil ....." (Art. 51 Absatz 1 BauG) ebenfalls das Erlangen einer Bewilligung versteht. Dies ist m.E. zu bejahen und ergibt sich schon aus der gesetzespolitischen Motivation des Lastenausgleiches*4a. Ein Ausgleich unter Nachbarn drängt sich erst auf, wenn ein Grundeigentümer von einem allfälligen Sondervorteil Gebrauch macht; dies bedingt aber eine vorgängige oder nachträgliche Bewilligung. Die blosse Möglichkeit, in Abweichung von der baurechtlichen Ordnung bauen zu dürfen, rechtfertigt noch keinen Anspruch, da sowohl Rechtsbeständigkeit als auch Ausnutzung dieses Vorteils ungewiss sind. Die Nutzung im Sinne von Art. 51 BauG kann daher nur in der Erlangung der behördlichen Zusage zu einem bestimmten Bauprojekt bestehen.

---

*4 vgl. VGE, publiziert in MBVR 1971, S. 260 ff, 1969, S. 257 f, sowie Zaugg N 15 zu Art. 1 BauG und Siegenthaler, Die Rechtsprechung des Regierungsrates und des Verwaltungsgerichtes in Baupolizeisachen im Jahre 1969, MBVR 1970, S. 257 f

*4a vgl. S. 60 ff

Die Praxis zu Art. 27 BauvorschriftenG entspricht daher in diesem Punkt trotz abweichender Formulierung der Regel von Art. 51 BauG. Nach dem BauvorschriftenG genügte das Vorliegen einer Ausnahmebewilligung, Baulinie oder Sonderbauvorschrift als eine erste Voraussetzung nicht; zusätzlich wurde verlangt, dass damit "eine wesentliche Abweichung von den örtlichen Bauvorschriften" statuiert wurde. So stellte das Verwaltungsgericht, bezugnehmend auf eine Ausnahmebewilligung, fest: "Massgebend ist einfach als tatbeständliche Voraussetzung, dass eine solche erteilt worden ist und in Abweichung der allgemeinen Bauvorschriften gebaut werden soll beziehungsweise gebaut wurde. ..... Dass eine Ausnahmebewilligung, die eine Erhöhung der Geschosszahl von drei auf sechs Stockwerke ermöglicht, eine wesentliche Abweichung von den örtlichen Bauvorschriften darstellt, versteht sich von selbst"*5.

Im Gegensatz dazu geht aus der heute geltenden Formulierung des Lastenausgleiches eindeutig hervor, dass jede Ausnahmebewilligung, Baulinie oder Sonderbauvorschrift eine "wesentliche Abweichung von den örtlichen Bauvorschriften" darstellt, so dass sich der Nachweis der Wesentlichkeit erübrigt. Im weiteren wird damit auch klargestellt, dass als Voraussetzung für einen Lastenausgleichsanspruch nur solche Ausnahmebewilligungen in Frage kommen, die sich auf die Baubestimmungen beziehen. Eine Ausnahmebewilligung, die z.B. ein kommunales Ladenschlussreglement für einen Einzelfall suspendiert, kann daher, auch wenn sie zu erheblichen Beeinträchtigungen der Nachbarschaft führen sollte, nicht Gegenstand eines Lastenausgleichsverfahrens bilden, obwohl dies an und für sich sehr wohl mit der nachbarschützenden Zweckbestimmung dieses Institutes vereinbar wäre.

---

*5 VGE vom 12. Dezember 1960, publiziert in MBVR 1962, S. 94, so auch VGE vom 22. Februar 1965, publiziert in MBVR 1966, S. 15 ff

Gleichzeitig ergibt sich aus der heutigen Formulierung der als nicht abschliessend verstandene Charakter der Aufzählung ("... oder sonstwie in wesentlicher Abweichung ..." Art. 51 BauG). Dies stellt sicherlich eine Erweiterung im Vergleich zu Art. 27 BVG dar, der die Voraussetzungen eines Lastenausgleichsbegehrens an "im Gesetz abschliessend umschriebene Voraussetzungen geknüpft"*6 hatte.

Es ist somit festzuhalten, dass durch die Formulierung des BauG die Stellung des Berechtigten im Vergleich zur alten Ordnung dem Wortlaute nach verbessert wurde, indem auf die Wesentlichkeit der Abweichung verzichtet wurde. Nachdem sich aber die bisherige Praxis oftmals begnügt hatte, beim Vorliegen einer Ausnahmebewilligung, Baulinie oder Sonderbauvorschrift deren Wesentlichkeit stillschweigend anzunehmen*7, dürfte sich der Wert der neuen Regelung mehr in einer vermehrten Klarheit und Elastizität als in einer breiteren Zulassung des Lastenausgleiches ergeben.

Ein weiterer und dritter Unterschied der Formulierung ergibt sich in der Bezeichnung der Aktivlegitimation. Während die alte Ordnung klar und eindeutig vom Grundeigentümer spricht, bezeichnet das BauG den Nachbarn als aktivlegitimiert. Es wird daher zu prüfen sein, wer alles unter dem Begriff des Nachbarn zu verstehen ist. Nachdem aber bis heute noch keine gerichtlichen Entscheide über die Aktivlegitimation erfolgten, kann diese Frage später zu beantworten versucht werden.

---

*6 VGE vom 19. Februar 1968, publiziert in MBVR 1968, S. 448
*7 vgl. VGE i.S. Mühlematter/Fahrni vom 20. Dezember 1971 und MBVR 1968, S. 448

Vorliegend sollte einzig dargestellt werden, dass die bisherige verwaltungsgerichtliche Praxis trotz der z.T. erweiterten Formulierung des Lastenausgleiches durch Art. 51 BauG mit Gewinn auch heute noch herangezogen werden kann.

15. Die Voraussetzungen des Lastenausgleichsanspruches

Der Lastenausgleich ist nach Art. 51 BauG an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die kumulativ erfüllt sein müssen. Diese sind:

- die Erlaubnis, eine Abweichung der örtlichen Bauvorschriften zu nutzen
- ein sich daraus ergebender Vorteil des Berechtigten
- die Nutzung dieses Sondervorteils
- sowie eine sich daraus ergebende erhebliche Beeinträchtigung des Nachbars

I. Die Abweichung von den örtlichen Bauvorschriften

Aus der Zielsetzung des Lastenausgleiches ergibt sich klar, dass seine Grundlage in einer die Gegenseitigkeit der nachbarlichen Rechte und Pflichten verletzenden Abweichung von den örtlichen Bauvorschriften besteht. Zu Recht hat daher das Verwaltungsgericht wiederholt entschieden, dass ein Bauprojekt, das auf Grund der bestehenden Baureglemente bewilligt und ausgeführt werden kann, niemals Anspruch auf einen Lastenausgleichsanspruch gibt. Grundlage eines solchen Anspruches bildet daher immer eine rechtliche Ausnahmestellung des Bauherrn, über deren Bestand im Verlaufe des Baubewilligungsverfahrens entschieden wird*1.

Es ist davon auszugehen, dass grundsätzlich sämtliche Bauvorhaben auf und unter der Erdoberfläche und in Gewässern der ge-

---

*1 vgl. u.a. VGE vom 22. Februar 1965, publiziert in MBVR 1966, S. 15 ff

nerellen Bewilligungserfordernis unterliegen*2. Die Wahrung einer sachgerechten Prüfung der Baubewilligungsgesuche ist die Aufgabe des Baubewilligungsverfahrens, das seinen Abschluss im Bauentscheid findet*3. Dieser beinhaltet im wesentlichen, sofern das Projekt den allgemeinen Bestimmungen der kommunalen Grundordnung oder allfälligen Baulinien beziehungsweise Sonderbauvorschriften entspricht und weder die öffentliche Ordnung noch die planungsrechtlichen Zielsetzungen gefährdet, die Baubewilligung sowie beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen allfällige Ausnahmebewilligungen*4. Die Ausnahmebewilligung stellt daher im Gegensatz zu der früheren Ordnung keine selbständige Verfügung dar, sondern gilt, wie etwa auch die Entscheidung über die Einsprachen oder die Auferlegung von Bedingungen und Auflagen, als Bestandteil des Bauentscheides*5. Sie teilt deshalb auch dessen rechtliches Schicksal.

In der Folge soll untersucht werden, ob der Lastenausgleichsrichter an den Bauentscheid der Bewilligungsbehörde beziehungsweise Beschwerdeinstanz gebunden ist oder ob er die für ihn wesentlichen Punkte frei beurteilen kann. Diese Frage stellt sich insbesondere, wenn im Verlaufe des Lastenausgleichsverfahrens die Behauptung aufgestellt wird, ein Bauentscheid beinhalte zu Unrecht keine Ausnahmebewilligung oder aber eine solche sei unnötigerweise erteilt worden.

Es gibt immer wieder Fälle, bei denen es für den Richter notwendig ist, als Grundlage der Behandlung eines Rechtsbegehrens vorgängig Fragen zu beurteilen, zu deren Entscheidung er gene-

---

*2 vgl. Art. 1 und 6 BaubewD
*3 vgl. Art. 53 - 57 BauG
*4 vgl. Art. 32, 33 BaubewD
*5 vgl. Zaugg N 5 zu Art. 53, N 1 zu Art. 57 BauG, Siegenthaler MBVR 1972, S. 126 f, Nr. 48

rell oder im Verlaufe eines bestimmten Verfahrens nicht zuständig ist. Solche Fragen nennt man Vorfragen, wobei ihre Beantwortung nur im Motiv und nicht im Dispositiv erfolgt und somit an der Rechtskraft des zu fällenden Urteils nicht teilhat*6.

Nach der in der Schweiz überwiegenden Auffassung von Doktrin und Praxis ist der Richter allgemein befugt, nicht aber verpflichtet, diese Vorfragen zu entscheiden, wenn durch das Gesetz nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt wird und die an und für sich zuständige Instanz sie nicht schon rechtskräftig beurteilt hat*7. Eine solche Regelung drängt sich aus Zweckmässigkeitsgründen auf, wäre doch als Folge deren Ablehnung der flüssige Prozessablauf in vielen Fällen verunmöglicht.

Zweifelhaft ist indessen, ob eine präjudizielle Rechtsfrage, die durch die zuständige Behörde schon rechtskräftig entschieden wurde, nochmals überprüft werden kann*8. Dieses immer wieder zu Erörterungen Anlass gebende Problem wird regelmässig dann aufgeworfen, wenn ein Gericht eine Vorfrage aus einem anderen Rechtsgebiet zu beurteilen hat. Gleich verhält es sich indessen, was sicherlich seltener vorkommt, wenn eine Behörde eine Vorfrage zu beurteilen hat, zu deren Entscheidung sie wohl in einem bestimmten anderen, nicht aber im vorliegenden Verfahren zuständig ist*9.

Während das Bundesgericht*10 anfänglich betont hatte, dass eine Instanz innerhalb der präjudiziellen Prüfung nicht an

---

* 6 vgl. BGE 90 II 161
* 7 vgl. Blumenstein S. 49 ff, BGE 95 I 588 f, 88 I 10, 85 II 53
* 8 vgl. Leuch N 1a Absatz 2 zu Art. 1 ZPO, Roos (Richter) S. 446
* 9 so auch Blumenstein a.a.O.
*10 BGE 72 IV 81, 73 IV 256, 78 IV 118, 90 IV 81

einen rechtskräftigen Entscheid der zuständigen Behörde gebunden sei, änderte es in der Folge seine Auffassung und betonte die grundsätzlich zu vermutende Bindung, wobei einzig ein Vorbehalt für die als ultima ratio anzunehmende Nichtigkeit*11 gemacht wird.

Diese Lösung scheint vernünftig, indem gerade aus Zweckmässigkeitsgründen, die ja die eigentliche Rechtfertigung der Ueberprüfbarkeit von Vorfragen darstellen, infolge der bereits getroffenen Regelung der Frage durch die zuständige Behörde eine erneute Ueberprüfung abzulehnen ist*12. Da festgestellt wurde, dass eine Ausnahmebewilligung als Bestandteil des Bauentscheides dessen Rechtskraft teilt und das Lastenausgleichsverfahren im Sinne von Art. 52 BauG einen rechtskräftigen Bauentscheid voraussetzt, ergibt es sich demnach, dass der Lastenausgleichsrichter das Vorliegen einer Ausnahmebewilligung nicht mehr vorfrageweise überprüfen kann, sondern an deren Erteilung gebunden ist, bzw. wenn der Bauentscheid keine Ausnahmebewilligung enthält, davon auszugehen hat, dass keine notwendig ist.

---

*11 vgl. Zimmermann S. 20, Guldener S. 30, Fleiner S. 20 ff
*12 Leuch a.a.O.

II. Der Sondervorteil

Als eine zweite Voraussetzung für den Lastenausgleichsanspruch wird verlangt, dass die Abweichung von der kommunalen Grundordnung dem Bauherrn einen Vorteil verschafft, der ihm auf Grund der ordentlichen Vorschriften verwehrt gewesen wäre.

Beim Vorliegen einer Ausnahmebewilligung erübrigt sich m.E. regelmässig eine lange Prüfung des geforderten Sondervorteils. Dieser ergibt sich schon aus dem Sinn und Zweck des Baudispenses, indem durch seine gestaltende Wirkung dem Bauherrn Rechte verliehen werden, die ihm sonst nicht zustehen würden*13. Nachdem Ausnahmebewilligungen als Folge des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung nur auf Gesuch des Bauherrn erteilt werden können*14, die Voraussetzung eines jeden Gesuches aber ein von der Rechtsordnung anerkanntes Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers darstellt, ergibt sich der daraus folgende Sondervorteil des Berechtigten von selbst*15.

Damit wird auch festgestellt, dass es m.E. keine Rolle spielen kann, ob dieser Sondervorteil in Geld zu bewerten ist oder ob damit ausschliesslich eine bessere, weil individuellere Berücksichtigung ideeller Interessen ermöglicht wird. Dies ergibt sich klar aus der Zielsetzung des Lastenausgleiches, kann doch durch

---

*13 vgl. S. 47

*14 vgl. Birchler S. 56 f, Zimmermann S. 11, Roth S. 26, so auch RRE 9184 1970 in MBVR 1971, S. 224 f

*15 Auch wenn durch die der Ausnahmebewilligung angefügten Bedingungen und Auflagen dem Berechtigten zusätzliche Pflichten auferlegt werden, muss in der Gesamtbeurteilung ein Sondervorteil hervorgehen, da sonst auf den Gebrauch der Ausnahmebewilligung verzichtet würde. Zu den Baubedingungen und -auflagen vgl. Hottinger, Die Baubedingung, Diss. Zürich 1941

eine ausnahmsweise bewilligte Baute der Nachbar geschädigt werden, ohne dass der Bauherr aus der Ausnahmebewilligung einen geldwerten Vorteil zieht. So wäre z.B. der Fall denkbar, dass ein Grundeigentümer aus Rücksicht auf den gewachsenen Baumbestand sein Haus in Verletzung der öffentlich-rechtlichen Grenzabstandsvorschriften zu nahe an die Grenze seines Terrains stellen will, wobei aber der zulässige Ausnützungsgrad nicht überschritten wird. Ein geldwerter Vorteil wird damit weder bezweckt noch erreicht, dennoch kann der Nachbar dadurch einen erheblichen Schaden erleiden.

Es ist deshalb festzuhalten, dass eine Ausnahmebewilligung begriffsnotwendigerweise einen Sondervorteil bewirkt, so dass der Lastenausgleichsrichter diesen nicht mehr zu überprüfen hat. Die diesbezüglichen Erwägungen erweisen sich deshalb als überflüssig*16.

Anders verhält es sich indessen beim Vorliegen einer Baulinie, indem diese im Gegensatz zu der Ausnahmebewilligung die baurechtliche Grundordnung nicht nur auf Gesuch und zu Gunsten des Bauenden suspendiert, sondern zu einer grundsätzlich neuen Gebäudeabstandsregelung führt*17. Dadurch ergibt es sich auch, dass sie die generellen Abstandsvorschriften nicht nur verkleinern, sondern auch vergrössern kann.

Baulinien bewirken deshalb nicht regelmässig eine Verbesserung der Stellung des Bauherrn, sondern können ebenfalls zu einer erheblichen Verminderung der baulichen Nutzungsmöglichkeiten führen. Der Lastenausgleichsrichter hat daher beim Vorliegen

---

*16 vgl. VGE vom 12. Oktober 1970, publiziert in MBVR 1971, S. 262

*17 vgl. S. 49 ff

von das Bauprojekt beeinflussenden Baulinien konkret, d.h. fallbezogen zu prüfen, ob damit dem Bauenden ein Sondervorteil zukommt. Zu dieser Prüfung wird die Summe der baulichen Nutzungsmöglichkeiten gemäss der kommunalen Grundordnung derjenigen, welche mit Einschluss der Baulinien zulässig ist, gegenübergestellt. Im Gegensatz zu einem durch eine Ausnahmebewilligung bewirkten Sondervorteil ist es dagegen m.E. nicht angängig, einen solchen mit dem Hinweis auf die bessere Berücksichtigung persönlicher Interessen der Grundeigentümer durch eine Baulinie zu begründen. Baulinien sind grundsätzlich nicht auf Veranlassung der Betroffenen, sondern generell als Bestandteil eines Ueberbauungsplanes erlassen worden, so dass es nicht zulässig ist, einen Sondervorteil bei gleichbleibender Nutzungsintensität damit zu begründen, dass durch die Baulinie eine für den Grundeigentümer befriedigendere Ueberbauung möglich sei, sofern damit nicht gleichzeitig ein geldwerter Vorteil bewirkt wird.

Sonderbauvorschriften*18 können wie Baulinien sowohl eine Minderung wie auch eine Vergrösserung der nach der baurechtlichen Grundordnung zulässigen Nutzung herbeiführen. Da durch sie nicht nur eine oder einige wenige Bestimmungen des Baureglementes suspendiert oder aufgehoben werden, sondern im wesentlichen eine räumlich begrenzte Teilbauordnung geschaffen wird, hat der Lastenausgleichsrichter die zum Teil nicht leichte Aufgabe, zu prüfen, ob aus diesem singulären Komplex von Rechten und Pflichten im Verhältnis zu der baurechtlichen Grundordnung ein rechtlich zu beachtender Sondervorteil hervorgeht. Diese Prüfung hat ebenfalls konkret, d.h. auf den zu beurteilenden Fall bezogen zu geschehen, wobei der Wert der Liegenschaft bei reglementskonformer Bebauung demjenigen, der durch die Sonderbauvorschriften ermöglicht wurde, gegenüberzustellen ist.

---

*18 vgl. S. 54 f

Gerade hier, wo nicht einzelne, sondern mehrere sich gegenseitig bedingende Bestimmungen eine Abweichung der allgemeinen Ordnung gestatten, kann nicht auf einzelne Kriterien wie Grenzabstände, Ausnützungsziffern, Ueberbauungsprozente etc. abgestellt werden*19.

---

*19 vgl. VGE vom 21. September 1970, publiziert in MBVR 1971, S. 246

III. Die Nutzung des Sondervorteils

Neben der einem Bauherrn eingeräumten Möglichkeit, eine Baute in Abweichung der örtlichen Bauvorschriften zu erstellen, sowie dem sich daraus ergebenden Sondervorteil verlangt Art. 51 BauG als dritte Voraussetzung für das Vorliegen eines Lastenausgleichsanspruches, dass der Begünstigte von dieser ihm zustehenden Berechtigung wirklich Gebrauch macht, diesen Sondervorteil nutzt. Es ist deshalb im weiteren zu prüfen, was unter dem Begriffe der Nutzung im Sinne des Lastenausgleiches zu verstehen ist.

Baulinien wie Sonderbauvorschriften können zu einer Wertverminderung der nachbarschaftlichen Liegenschaften führen, ohne dass von ihnen durch ein konkretes Bauvorhaben Gebrauch gemacht wird. Es stellt sich deshalb die Frage, ob solche Schädigungen schon nach den Regeln des Lastenausgleiches durch den Begünstigten auszugleichen sind*20. Dies ist zu verneinen, indem aus der in Art. 52 Absatz 2 BauG umschriebenen Regelung der Passivlegitimation eines Lastenausgleichsanspruches zu folgern ist, dass als Voraussetzung solcher Ansprüche ein rechtskräftiger Bauentscheid verlangt ist. Der Bauentscheid als formeller Abschluss eines Baubewilligungsverfahrens bedingt nun, was ohne weiteres klar ist, ein konkretes Bauprojekt, das seinen Ausdruck in einem rechtsgültigen Baugesuch gefunden hat. Daraus ergibt sich, dass das Gesetz unter der Nutzung eines Sondervorteils das Erlangen eines das polizeiliche Bauverbot aufhebenden Bauentscheides versteht.

Der Liegenschaftsverkauf sowie die Einräumung beschränkter dinglicher Rechte wie die Begründung von Baurechten, Vorkaufs-

---

*20 vgl. Zaugg N 2 zu Art. 51 BauG

rechten etc. stellen somit keine Nutzung im Sinne des bernischen Lastenausgleiches dar, obwohl nicht bestritten werden kann, dass ein baurechtlicher Sondervorteil auch auf diese Art gewinnbringend "genutzt" werden kann. So werden Sonderbauvorschriften, welche innerhalb des Planungsgebietes eine im Verhältnis zur kommunalen Grundordnung erweiterte Nutzung zulassen, nicht selten zu erheblichen Erhöhungen der Bodenpreise führen, die der Grundeigentümer, der sein Land nicht selber baulich nutzen kann oder will, bei einem Verkauf ungeschmälert für sich beanspruchen kann. Der Käufer aber hat zusätzlich zu dem von ihm bezahlten erhöhten Bodenpreis noch eventuelle Lastenausgleichsansprüche der Nachbarn, deren Liegenschaften sich ausserhalb des Planungsgebietes befinden, zu gewärtigen. Diese zum Teil wenig befriedigende Auswirkung der gesetzlichen Regelung kann von einem umsichtigen Käufer nur auf dem Wege einer vertraglichen, innerhalb der Parteien wirkenden Abrede, vermieden werden.

IV. Die erhebliche Beeinträchtigung

Ein Lastenausgleichsanspruch setzt schliesslich voraus, dass der ausnahmsweise gewährte, baurechtliche Sondervorteil durch seine Nutzung zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Nachbarn führt. Im Folgenden sei zu untersuchen versucht, was i.S. von Art. 51 BauG unter einer erheblichen Beeinträchtigung zu verstehen ist.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass es innerhalb der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung dem öffentlichen Recht unbenommen ist, neue Begriffe selbständig zu schaffen oder solche aus einem anderen Rechtsgebiet inhaltlich unverändert zu übernehmen*21. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der durch das Privatrecht ausgebildete Schadensbegriff der Beeinträchtigung dem Lastenausgleich entspricht.

Ausgangspunkt für den Begriff des Schadens im Sinne des Bundeszivilrechtes ist die Gesamtheit der subjektiven Vermögensverhältnisse des Geschädigten, kurz das Vermögen. Das Vermögen stellt demnach "den Inbegriff der wirtschaftlich bedeutsamen und messbaren Güter, an denen eine Person berechtigt ist"*22, dar. Ein Schaden ist anzunehmen, sobald eine wirtschaftlich erfassbare Verminderung des Vermögens eintritt, sofern dies gegen oder ohne den Willen des Berechtigten geschieht. Die Feststellung eines konkreten Schadens bedingt also das rechnerische Gegenüberstellen zweier Vermögenskomplexe. "Der Schaden ist infolgedessen dahin zu definieren, dass er gleich der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des

---

*21 Zur Uebernahme privatrechtlicher Begriffe durch das öffentliche Recht vgl. Bezzola S. 1 ff, Gygi (Verwaltungsrecht) S. 1 ff, Imboden ZSR 1959 S. 84 ff

*22 Oftinger Band I S. 40

Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, ist"*23. Während die Ermittlung des gegenwärtigen Vermögens ausschliesslich tatbeständliche Schwierigkeiten bereiten kann, bietet die Feststellung des Vermögens, wie es sich ohne das schädigende Ereignis darstellen würde, zusätzlich erhebliche rechtliche Probleme, gilt es doch abzuklären, welche Wirkungen auf den Vermögensbestand das Fehlen einer bestimmten störenden Ursache zeitigen würde. Die Heranziehung des Kausalzusammenhanges ist dazu bestimmt, diese Fragen zu beantworten.

Vom rein theoretischen Standpunkt der Logik aus gesehen, führt eine konkrete Ursache zu einer nie endenden Kette von sich gegenseitig auflösenden Wirkungen. Diese Betrachtungsweise, oft unter dem Begriff der natürlichen Kausalität zusammengefasst, führt deshalb zu keinem praktikablen Ergebnis. Die Gesamtheit der möglichen Wirkungen einer Ursache muss deshalb begrenzt und damit bemessbar gemacht werden. Dies geschieht durch die Lehre von der adäquaten Verursachung*24, wonach eine Wirkung insofern beachtlich ist, als sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung durch eine bestimmte Ursache bewirkt wird. Gleichzeitig gestattet die Adäquanz durch die gleichen Kriterien, gestützt auf eine bestimmte Wirkung, die rechtlich zu beachtenden Ursachen festzulegen. "Die Funktion des Kausalbegriffes ist also eine doppelte: steht der Schaden als zurechenbar fest, so können die zurechenbaren Ursachen ermittelt werden; sind die zurechenbaren Ursachen abge-

---

*23 Oftinger Band I S. 41 f, so auch von Tuhr/Siegwart S. 76, Guhl/Merz/Kummer S. 83, BGE 76 II 297, 87 II 291

*24 Bürgi, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, Diss. Bern 1927, Bezzola S. 93 f, BGE 96 II 38, 96 II 396, 95 II 100, 89 II 250, 87 II 126

steckt, so lässt sich das zurechenbare Ausmass des Schadens bestimmen"*25.

Aus dieser Umschreibung ergibt es sich auch, dass der so verstandene Schaden sowohl den tatsächlich eingetretenen Verlust (damnun emergens) wie auch den in der Zukunft erwartungsgemäss erzielbaren Gewinn (lucrum cessans) umfasst. Die Verzinsung eines Schadens bildet daher einen Bestandteil des entgangenen Gewinnes*26.

Im allgemeinen geht der öffentlich-rechtliche Schadensbegriff vom privatrechtlichen aus*27. Ein Abweichen von diesem Grundsatz rechtfertigt sich nur, wenn dies eine bestimmte Norm durch ihre Zwecksetzung oder Auslegung verlangt. So erklärte das Verwaltungsgericht in Auslegung von Art. 27 BVG: "Der Schadensbegriff des Bauvorschriftengesetzes ist demjenigen des Zivilrechts nachgebildet; er geht einerseits weiter als dieser, indem er auch Beeinträchtigungen umfasst, die vermögensrechtlich schwer bestimmbar sind (z.B. Entzug der Aussicht, Besonnungsverlust etc.), andererseits aber weniger weit, indem nur baupolizeilich relevante Schäden in Frage kommen. Der Schaden muss indess stets eine Vermögensverminderung bewirken"*28.

Diese Auslegung des Schadens als Beeinträchtigung, welche im übrigen mit der Formulierung der heute geltenden Regelung übereinstimmt, will zwei Unterschiede zum privatrechtlichen Schadensbegriff festhalten. Diese Differenzierungen sollen in der Folge näher untersucht werden.

---

*25 Oftinger Band I S. 58
*26 Oftinger Band I S. 58, von Tuhr/Siegwart S. 77, Roos (Verantwortlichkeit) S. 393
*27 Bezzola S. 70 ff, vgl. auch BGE 90 II 424: "Il est d'ailleurs douteux que le mot dommage ait une autre acception en droit public qu'en droit privé".
*28 VGE vom 12. Oktober 1970 in MBVR 1971, S. 262 f

1. Nicht die Frage, ob eine bestimmte Beeinträchtigung vermögensrechtlich leicht oder schwer bestimmbar ist, sondern einzig das Kriterium, ob überhaupt das Vermögen in seinem Bestande eine Aenderung erfahren hat, kennzeichnet den privatrechtlichen Schadenbegriff. Es stellt sich daher m.E. einzig die Frage, ob aus dem zitierten Verständnis der Beeinträchtigung zu folgern ist, dass auch das sogenannte immaterielle Unbill (tort moral) zu entschädigen ist, wie dies für das öffentliche Recht ganz allgemein*29 von Bezzola gefordert wird. Dies ist m.E. zu verneinen, indem der Zuspruch einer dem Zivilrecht nachgebildeten Genugtuungssumme mit dem Charakter des Lastenausgleiches unvereinbar wäre. Bezweckt wird durch dieses Rechtsinstitut nicht ein genereller Schutz sämtlicher einer Person zustehender Rechtsgüter, sondern ausschliesslich der Ausgleich einer zugunsten eines Dritten erfolgten Wertverminderung einer Liegenschaft durch die Nutzung eines baupolizeilichen Sonvorteils*30.

Nachdem das geschützte Rechtsgut des Lastenausgleiches einzig den Wert einer Liegenschaft darstellt, erübrigt sich auch die Prüfung eines allfälligen immateriellen Schadens. Ein solcher könnte einzig auf dem Wege des Zivilrechts mit Erfolg geltend gemacht werden. Soweit sich aber tatsächlich eine Verminderung des Wertes der Liegenschaft ergibt, tritt auch ein Schaden im Sinne der zivilrechtlichen Terminologie ein, wobei es keine Rolle spielen kann, ob diese Beeinträchtigung durch eine aesthetisch unbefriedigende Umgebung*31,

---

*29 S. 74
*30 vgl. VGE vom 12. Oktober 1970 in MBVR 1971, S. 260, Gygi (Baugesetzgebung) S. 214, 223 f sowie Prot. vom 19. Juli 1955, S. 11
*31 vgl. VGE vom 20. Dezember 1971 i.S. Mühlematter/Fahrni in MBVR 1973, S. 57

eine Verminderung der baulichen Nutzung*32, den Entzug des zonengemässen Immissionsschutzes*33 oder durch eine übermässige Beschattung*34 bedingt ist.

2. Nach dem zitierten VGE*35 ist der dem Lastenausgleich zugrunde liegende Schadensbegriff insofern enger als derjenige des Bundeszivilrechts, als nur baupolizeilich relevante Wertverminderungen in Frage kommen. "Ausgeschlossen sind alle Ansprüche, welche nach Massgabe des Sachenrechts oder auf Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung zu beurteilen sind"*36.

M.E. wird indessen durch diese an und für sich richtigen Feststellungen weniger der dem Lastenausgleich zugrunde liegende Schadensbegriff als vielmehr der zu deckende Schadensumfang bestimmt. Der Begriff des Schadens, verstanden als Vermögensverminderung, ist grundsätzlich unabhängig von der die Ersatzpflicht begründenden Norm. Veränderlich ist einzig der durch eine konkrete Norm bestimmte Schadenersatzanspruch.

Der Lastenausgleich bezweckt, wie aus der Entstehungsgeschichte klar hervorgeht*37, nur insoweit die Begründung eines Ausgleichsanspruches, als eine Wertverminderung nicht durch andere Rechtsbehelfe ausgeglichen werden kann. Soweit deshalb einem geschädigten Nachbarn Leistungsansprüche aus Art. 41 OR oder Art. 641, 679 oder 684 ZGB zustehen, besteht

---

*32 vgl. VGE vom 19. Februar 1968 S. 447 ff
*33 vgl. VGE vom 12. Oktober 1970 in MBVR 1971, S. 260 ff, VGE vom 12. Dezember 1960 in MBVR 1962, S. 87 ff
*34 vgl. Zaugg N 2 zu Art. 51 BauG
*35 vgl. S. 82 Anm. 28
*36 VGE vom 20. Dezember 1971 i.S. Mühlematter/Fahrni in MBVR 1973, S. 57
*37 vgl. S. 56 ff

keine Notwendigkeit zur Schaffung einer zusätzlichen Haftungsnorm. Solche Ansprüche können deshalb zu Recht nicht innerhalb des Lastenausgleichsverfahrens durchgesetzt werden.

Zum gleichen Ergebnis führt ebenfalls die Heranziehung der Lehren der Kausalität. Grundlage für die Zusprechung eines Lastenausgleichsanspruches bildet nicht der Umstand, dass eine Baute errichtet wird, sondern einzig, dass diese Baute in Abweichung von der baulichen Grundordnung erstellt wird. Eine Wertverminderung ist deshalb nur auszugleichen, insofern sie bei "normaler" Bebauung nicht oder nicht im gleichen Ausmasse eingetreten wäre.

Es stellt sich deshalb regelmässig die Frage der Zurechenbarkeit, der Kausalität, des Schadens. So stellt das Verwaltungsgericht*38 bei der Beurteilung eines Begehrens um Lastenausgleich wegen Schattenwurf eines Silos fest, "dass bei konventioneller Bauweise nach Baureglement (ohne Baulinien- und Bebauungsplan) der Schattenwurf (von Vergleichsobjekten) auf die Grundstücke der beiden Appellanten wesentlich grösser wäre, als es bei dem nunmehr auf Grund des neuen Baulinien- und Bebauungsplanes projektierten Silo- und Mischgebäudes samt der möglichen Aufstockung der bestehenden Gebäude auf 15 m Höhe der Fall ist. Der neue Bebauungsplan hat infolge der durch ihn bedingten grösseren Bauabstände für die benachbarten Grundstükke keinen Nachteil gebracht." Gestützt auf diese Ueberlegungen wurden in der Folge die Begehren um Lastenausgleich zu Recht abgewiesen.

---

*38 VGE vom 20. November 1968 in MBVR 1968, S. 289

Im folgenden sollen die dargestellten Grundsätze an einem konkreten Sachverhalt, der durch das Verwaltungsgericht schon beurteilt wurde*39, nochmals näher beleuchtet werden.

Unter Beachtung eines Baulinienplanes mit Sonderbauvorschriften wurde in Abweichung von der baulichen Grundordnung die Erstellung eines Hochhauses bewilligt. Gestützt auf diesen Umstand machten verschiedene Nachbarn Lastenausgleichsansprüche geltend, wobei sie zur Begründung insbesondere ausführten, das Hochhaus bewirke einen Wärmeverlust und Besonnungsentzug ihrer Liegenschaften, beeinträchtige die Aussicht und führe infolge der zu erwartenden Zunahme des Motorfahrzeugverkehrs zu vermehrten Lärm- und Abgasimmissionen. - Wie der vom Gericht herbeigezogene Experte darlegen konnte, verursachte indessen das Hochhaus im Verhältnis zu einer grundordnungskonformen Baute überhaupt keinen oder auf jeden Fall einen äusserst geringen Mehrentzug von Licht, Sonne und Aussicht. Das Vorliegen einer zu den Sonderbauvorschriften kausalen erheblichen Beeinträchtigung wurde daher verneint und der Anspruch auf Lastenausgleich wegen mangelnder Voraussetzungen in diesem Punkte abgelehnt.

Soweit ist dem Entscheid sowohl im Ergebnis wie in der Begründung zuzustimmen. Einer kritischen Beurteilung sind indessen die nachfolgend zitierten Erwägungen über den behaupteten Einwand des vermehrten Motorfahrzeugverkehrs zu unterziehen.

So führte das Gericht im weitern aus*40: "Bei einer Ueberbauung im Rahmen der geltenden Bauordnung wäre zweifellos kein so grosser Autoabstellplatz nahe an diese Parzelle heran gebaut

---

*39 VGE vom 19. Februar 1968 in MBVR 1968, S. 447 ff
*40 a.a.O. S. 450

worden. Der Bau bedingte eine grössere Konzentration von Parkplätzen, wobei auch ihr Standort wesentlich ungünstiger ist als bei einer Ueberbauung nach den geltenden Bauvorschriften. Das Grundstück ... erfährt folglich eine Schädigung, die unmittelbar mit dem auf Grund eines Baulinienplanes mit Sonderbauvorschriften zu errichtenden Hochhauses zusammenhängt. Infolge des vermehrten Motorfahrzeugverkehrs und der dadurch entstehenden Lärmimmissionen, speziell auf dem benachbarten Abstellplatz, ist mit einer Einbusse an Mietzinseinnahmen auf der Parzelle... zu rechnen." Gestützt auf diese Erwägungen wurde die Leistungspflicht aus Lastenausgleich bejaht.

Es stellt sich, wie das Gericht zu Recht davon ausgegangen ist, die Frage, ob die festgestellte Wertverminderung bei einer bauordnungskonformen Bebauung der Liegenschaft nicht ebenfalls hätte eintreten können. Bei der Beantwortung dieser Frage ist indessen nicht von einer blossen Annahme, so wahrscheinlich diese auch sein mag, sondern von der Gesamtheit der von der kommunalen Grundordnung zulässig erklärten Möglichkeiten auszugehen. Die entscheidende Fragestellung lautet demnach: Sind für die Erstellung einer Vielzahl von Autoabstellflächen Sonderbauvorschriften oder Ausnahmebewilligungen notwendig? Sollte dies gestützt auf das kommunale Baureglement nicht der Fall sein, entfällt m.E. jede anspruchsbegründende Kausalität im Sinne des Lastenausgleiches.

Im weitern fallen als Schädigungen, wie das Verwaltungsgericht wiederholt festgestellt hat*41, bei der Beurteilung von Lastenausgleichsansprüchen nur "jene Einwirkungen auf das Nachbar-

---

*41 vgl. VGE vom 20. Dezember 1971 sowie die dort zitierten VGE

grundstück in Betracht, die durch den B e s t a n d der Baute - und nicht etwa durch einen in ihr untergebrachten gewerblichen oder industriellen Betrieb - verursacht werden"*42. Da indessen einzig die Benutzung der Abstellplätze und nicht deren blosser Bestand zu der festgestellten Beeinträchtigung der Nachbarliegenschaften geführt hat, sind die Voraussetzungen zum Zuspruch eines Lastenausgleichsanspruches m.E. nicht gegeben.

Dieses Verständnis des Lastenausgleiches schafft auch eine klare Unterscheidbarkeit zum zivilrechtlichen Immissionenschutz, welcher im Gegensatz zum Lastenausgleich seine Grundlage nicht im blossen Bestand einer Baute, sondern ausschliesslich in deren Benutzung hat*43.

Abschliessend ist daher festzuhalten, dass eine eingetretene Wertverminderung einer Liegenschaft nur dann Grundlage eines Lastenausgleichsbegehrens sein kann, wenn die schädigende Ursache Gegenstand der ausnahmsweisen Durchbrechung der baulichen Grundordnung ist. Da einzig die Erstellung einer Baute an sich Gegenstand solcher "Sonderregelungen" sein kann, kann m.E. die Zunahme von Lärm und Abgasen keinen Lastenausgleichsanspruch begründen*44.

---

*42 VGE vom 22. Februar 1965 in MBVR 1966, S. 17

*43 vgl. S. 158

*44 So könnte der Betrieb eines Parkhauses oder einer Einstellhalle Gegenstand einer Unterlassungs- oder Schadenersatzklage im Sinne von Art. 684 ZGB sein, sofern die dadurch bewirkten Lärm- und Abgasimmissionen nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch als übermässig qualifiziert werden müssten. BGE 79 II 54, 84 II 86, 94 I 299, 95 I 493, vgl. auch BGE 65 II 157, 95 I 198

16. Die Legitimation zur Sache

Nachdem im vorherigen die Voraussetzungen eines Lastenausgleichsanspruches zur Darstellung gebracht worden sind, ist im folgenden abzuklären, welchen Personen eine Klage auf Lastenausgleich zusteht (Frage der Aktivlegitimation), beziehungsweise gegen welche Personen eine solche sich richten muss (Frage der Passivlegitimation).

Die Beantwortung dieser Fragen hat durch das materielle Recht zu erfolgen. Die Legitimation zur Sache ist deshalb "nicht Bedingung der prozessualen Zulässigkeit der Klage, sondern der materiellen Begründetheit der Rechtsbehauptung (des Klagebegehrens)"*1. Die Feststellung der fehlenden Legitimation zur Sache bedeutet demnach, dass "entweder der Kläger nicht berechtigt ist, den eingeklagten Anspruch in eigenem Namen zu erheben oder dass der Beklagte nicht die Person ist, gegen welche er erhoben werden darf"*2. Beide Mängel müssen zu einem anspruchsablehnenden Sachurteil führen*3.

I. Die Aktivlegitimation

Art. 51 BauG bestimmt nicht eindeutig den Personenkreis, dem das Recht zur Geltendmachung von Lastenausgleichsansprüchen zukommt, sondern spricht einzig von den berechtigten "Nachbarn". Es stellt sich daher die Frage, welche Personen insgesamt unter den unbestimmten Gesetzesbegriff "Nachbar" fallen. Die Beantwortung dieser Frage ist durch die Auslegung zu gewinnen*4.

---

*1 Kummer (Grundriss) S. 59
*2 Guldener S. 173 f
*3 Gygi/Stucki N 4 zu Art. 18 VRPG
*4 vgl. Gygi (Verwaltungsrechtspflege) S. 138 ff

Art. 27 BVG in der Fassung von Art. 60 EntG bestimmte in seinem ersten Absatz, dass nur der Eigentümer eines Grundstückes einen Anspruch auf Lastenausgleich hat. Es ist daher zu untersuchen, ob unter der erweiterten Formulierung von Art. 51 BauG ebenfalls nur der Eigentümer zu verstehen ist oder ob auch weiteren dinglich oder obligatorisch an einem Grundstück berechtigten Personen ein Lastenausgleichsanspruch zusteht. Da eine materielle Aenderung des Lastenausgleiches durch Art. 51 BauG nicht bezweckt wurde*5, drängt sich die Vermutung auf, dass Art. 51 BauG unter "Nachbar" ebenfalls nur den Eigentümer meint.

Demgegenüber ist aus der ausdrücklichen Regelung der Passivlegitimation (Art. 51 Absatz 2 BauG), wonach nicht nur der Eigentümer des Bodens, sondern ebenfalls derjenige einer in Durchbrechung des Akzessionsprinzipes errichteten Baute passivlegitimiert ist, zu folgern, dass auch der Inhaber eines Baurechtes insoweit aktivlegitimiert ist, als die in seinem Sondereigentum stehende Baute eine innerhalb des Lastenausgleichsverfahrens zu beachtende Wertverminderung erleidet. Eine solche Lösung ergibt sich m.E. aus Gründen der Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten und rechtfertigt sich auch dadurch, dass die Stellung des Baurechtsberechtigten derjenigen eines Grundeigentümers wirtschaftlich sehr nahe kommt.

Dagegen ist m.E. die weitere Frage, ob auch bloss obligatorisch Berechtigte (Mieter, Pächter etc.) zur Erhebung von Lastenausgleichsansprüchen legitimiert seien, zu verneinen. Wie das Verwaltungsgericht zu Recht festgestellt hat*6, führt eine erheb-

---

*5 vgl. Vortrag der kantonalen Baudirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates zum Baugesetz vom 4. März 1969

*6 vgl. S. 86 Anm. 39

liche Beeinträchtigung einer Liegenschaft, sofern sich dies für die Mieter bemerkbar macht, regelmässig zu einem verminderten Zinsertrag. Zulasten der obligatorisch berechtigten Mieter oder Pächter tritt daher grundsätzlich keine geldwerte Einbusse ein, da der von ihnen zu leistende Zins infolge der veränderten Verhältnisse gesenkt oder aber nicht mehr im gleichen Umfange erhöht werden kann.

Es ist daher festzuhalten, dass eine im Sinne des Lastenausgleiches zu beachtende Beeinträchtigung einzig beim Eigentümer oder Baurechtsinhaber eintreten kann. Soweit eine solche Beeinträchtigung tatsächlich erfolgt, ist die "Nachbar-Eigenschaft" gegeben. Es ist somit nicht nötig, dass die Grundstücke des Lastenausgleichsberechtigten und -verpflichteten räumlich unmittelbar nebeneinander liegen.

II. Die Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist, wer Träger des eingeklagten Anspruches ist*7. Im Sinne von Art. 51 Absatz 2 BauG ist lastenausgleichspflichtig, "wer zur Zeit des letztinstanzlichen Bauentscheides Eigentümer des Grundstückes, bei im Baurecht erstellten Bauten Baurechtsinhaber ist."

Die Durchsetzung eines Lastenausgleichsanspruches setzt einen rechtskräftigen Bauentscheid voraus*8. Durch die zitierte Regelung der Passivlegitimation wird vermieden, dass sich der einen Lastenausgleichsanspruch geltend machende Nachbar einen Wechsel der Eigentumsverhältnisse nach Erlass des formell-rechtskräftigen Bauentscheides entgegenhalten lassen muss.

---

*7 Kummer (Grundriss) S. 58
*8 vgl. S. 92 ff

17. Das Verfahren

I. Einleitung

Das Verfahren zur Geltendmachung eines Lastenausgleichsanspruches wickelt sich im Sinne von Art. 52 BauG in zwei Phasen ab. In einer ersten ist der Ausgleichsanspruch innerhalb des Baubewilligungsverfahrens anzumelden, worauf dann in einem speziellen Klageverfahren über die grundsätzliche Berechtigung und die höhenmässige Bemessung einer Lastenausgleichsforderung entschieden wird*1. Formelle Voraussetzung für die Eröffnung eines Baubewilligungsverfahrens bildet die Einreichung eines den gesetzlichen Anforderungen genügenden Baugesuches sowie die Erstellung von die äusseren Umrisse kennzeichnenden Profilen. Damit ist das Verfahren eingeleitet*2. Die kommunale Baubehörde hat nun im Sinne einer vorläufigen, in aller Regel bloss summarischen Prüfung die Vollständigkeit und Richtigkeit der Baueingabe wie der Profilierung zu untersuchen. Festgestellte Mängel formeller Natur führen zu einer Rückweisung bzw. Berichtigung, materielle Fehler indessen hindern die Fortsetzung des Verfahrens grundsätzlich nicht*3. Im Anschluss an diese Prüfung ist ordentlicherweise jedes Baugesuch in zwei aufeinanderfolgenden Nummern des Amtsanzeigers oder, falls für die betreffende Gemeinde kein solcher besteht, in ortsüblicher Weise zu publizieren. Von dieser Veröffentlichung kann innerhalb des vereinfachten Verfahrens für die Erteilung der sogenannten kleinen Baubewilligung*4 abgesehen werden, sofern dadurch nicht allgemeine Interessen berührt werden, was insbesondere durch die Beanspruchung einer Ausnahmebewilligung geschieht. An die Stelle der allgemeinen Veröffent-

---

*1 vgl. Zaugg N 1 zu Art. 52 BauG
*2 vgl. Art. 10, 16 BaubewD
*3 Art. 17, 18 BaubewD
*4 zum Begriff vgl. Art. 9 BaubewD

lichung tritt in diesem Falle eine individuelle, schriftliche Mitteilung an die Nachbarn, sofern diese nach der Auffassung der Ortsbaupolizeibehörde in ihren durch das öffentliche Recht geschützten Interessen berührt werden. Eine behördliche Mitteilung erübrigt sich einzig, wenn die betroffenen Nachbarn schriftlich ihre Zustimmung zum geplanten Bauvorhaben erteilt haben*5.

An diese generelle Publikation bzw. individuelle Mitteilung innerhalb des Baubewilligungsverfahrens knüpft das Lastenausgleichsverfahren an. Aus diesem Zusammenhang zwischen Baubewilligungsverfahren und Lastenausgleichsverfahren ergibt es sich auch, dass aus formellen Gründen ein Lastenausgleich nur geltend gemacht werden kann, sofern vorgängig ein Baubewilligungsverfahren im Sinne der kantonalen Gesetzgebung durchgeführt wurde. Dies rechtfertigt sich auch aus materiellen Ueberlegungen, indem voraussetzungsgemäss der Lastenausgleich einzig Wertverminderungen ausgleichen will, die als Folge einer ausnahmsweisen Durchbrechung der allgemeinen kantonalen und kommunalen Baurechtsordnung entstanden sind. Es kann nicht Aufgabe des kantonalen Gesetzgebers sein, die Rechtswirkungen eidgenössischer Normen zu bestimmen, sofern er dazu nicht ausdrücklich oder allenfalls stillschweigend ermächtigt worden ist*6.

Im Sinne von Art. 6 Litera a BewD bedürfen "Bauten und Anlagen, die nach der eidgenössischen Gesetzgebung nicht der kantonalen Bauhoheit unterliegen", keiner Baubewilligung im Sinne des bernischen BauG. Soweit also eidgenössische Normen wie z.B. das BG über die Militärorganisation vom 12. April 1907, über den Zivil-

---

*5 Art. 19, 20 BaubewD
*6 Zaugg N 1 zu Art. 51 BauG

schutz vom 23. März 1962 etc.*7 für ein Bauvorhaben zur Anwendung gelangen, kann sich der geschädigte Nachbar nicht auf einen im bernischen Lastenausgleich begründeten Anspruch berufen*8.

---

*7 Dazu eingehend Zaugg N 19 zu Art. 1 BauG
*8 vgl. auch Huber (Rechtliche Probleme) S. 47 ff

II. Die Anmeldung

a) Zwecksetzung

Aus dem Umstand, dass ein Lastenausgleichsanspruch noch innerhalb des Baubewilligungsverfahrens, d.h. vor dem erstinstanzlichen Bauentscheid angemeldet werden muss, ergibt sich die Zwecksetzung dieser Regelung: Der Baugesuchsteller soll aus Gründen der Rechtssicherheit vor der Erteilung der Baubewilligung wissen, ob er mit der Geltendmachung von Lastenausgleichsansprüchen zu rechnen hat oder nicht. Gleichzeitig wird ihm dadurch Gelegenheit gegeben, durch allfällige Aenderungen des Bauprojektes bzw. Baugesuches die angemeldeten Ausgleichsansprüche gegenstandslos zu machen*1.

Die durch das Erfordernis der Anmeldung bewirkte Vororientierung kann daher dazu führen, dass der Bauherr trotz des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen eines baurechtlichen Sondervorteils darauf verzichtet, eine von der kommunalen Grundordnung abweichende Baute zu erstellen. Diese Wirkung des Lastenausgleiches als "Ausnahmebremse" könnte indessen, wenn die Ausgleichsansprüche keiner zeitlichen Befristung unterliegen würden, zu einem den Bedürfnissen des Einzelfalles nicht gerecht werdenden, generellen Verzicht auf Ausnahmebewilligungen führen.

Das Erfordernis der Anmeldung ergibt sich daher nicht nur aus den Interessen des Baugesuchstellers, sondern ebenfalls aus dem Bestreben, das bauordnungskonforme Bauen zu fördern, ohne aber die Gewährung notwendiger Sonderregelungen unnötig zu erschweren.

---

1 Zaugg N 1 zu Art. 52 BauG, vgl. auch VGE vom 12. Oktober 1970 in MBVR 1971, S. 63

Aus dieser Charakterisierung der Anmeldung im Sinne von Art. 52 BauG ergibt sich auch, dass dadurch einzig die Kenntnisgabe eines zukünftigen Anspruches bezweckt wird, ohne dass damit zu den Fragen des Baubewilligungsverfahrens irgendwie Stellung genommen wird. Die Anmeldung bezieht sich deshalb grundsätzlich nicht auf die Erstellung einer Baute, sondern ausschliesslich auf die dadurch bewirkte Leistungspflicht des Bauherrn. Sie hat daher mit der baurechtlichen Einsprache ausser dem rein formellen Kriterium der gleichen Befristung nichts gemein.

Weniger eindeutig lässt sich indessen die Frage beantworten, ob ein Einspruch im Verlaufe des Baubewilligungsverfahrens gleichzeitig als Anmeldung im Sinne des Lastenausgleiches verstanden werden kann, sofern durch die Einsprache geltend gemacht wird, ein Bauprojekt führe zu Schädigungen der Nachbarschaft und sei deshalb nicht zu bewilligen. Auch hier müsste eine Betonung der grundsätzlichen Verschiedenheit der beiden Verfahren zum Schlusse führen, dass der Lastenausgleich gestützt auf seine durch das Gesetz verankerte Regelung eine ausdrückliche Anmeldung verlangt.

Noch unter der Herrschaft von Art. 27 BVG hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass die innerhalb einer Baueinsprache erfolgte Formulierung, eine Liegenschaft erfahre durch das geplante Bauvorhaben eine grosse Wertverminderung, den Anforderungen der zitierten Bestimmung nicht genügen könne. So bestimmte es bezüglich mehrerer Einsprachen, die eine solche Wertverminderung geltend machten, "In allen ... Einsprachen werden lediglich Einwände gegen das Bauprojekt als solches erhoben und abschliessend festgestellt, dass die Grundstücke der Einsprecher durch die verschiedenen Bauten, ... erheblich entwertet werden. Dagegen enthält keine der Einsprachen weder

ein formelles Begehren auf Lastenausgleich noch irgendeinen Antrag auf Entschädigung im Sinne eines solchen, wie dies in Art. 27 BVG ausdrücklich verlangt wird. Im besonderen enthalten die verschiedenen Begründungen auch keinen Hinweis auf einen Lastenausgleich, woraus sich allenfalls der Wille ableiten liesse, dass die Einsprecher Entschädigung verlangen und damit implizite einen diesbezüglichen Antrag stellen"*2.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob diese Ueberlegungen auch bei der heutigen Zweiteilung des Verfahrens noch herangezogen werden können. Dies ist m.E. zu bejahen. Die ratio legis des Anmeldungserfordernisses besteht primär in einer rechtzeitigen Orientierung des Baugesuchstellers. Eine Einsprache kann daher nur insoweit diese Aufgabe übernehmen, als dadurch dem Baugesuchsteller ausdrücklich oder innerhalb der durch Treu und Glauben zulässigen Auslegung ein Ausgleichsanspruch in Aussicht gestellt wird. Der Lastenausgleichsrichter hat deshalb nicht auf das formelle Vorliegen einer Anmeldung zu achten, sondern sämtliche ihm zugegangenen Eingaben auf ihren wirklichen Inhalt zu überprüfen. Nur so wird dem aus Art. 4 BV abgeleiteten Verbot des überspitzten Formalismus Genüge getan*3.

b) Inhalt und Form

Aus den gleichen Ueberlegungen sind auch an die durch Art. 46 Absatz 1 BewD geforderten Begründungen der Anmeldung nicht allzu grosse Anforderungen zu stellen. So sollten m.E. die Erklä-

---

*2 VGE vom 19. Dezember 1960 in MBVR 1962, S. 141 f

*3 vgl. BGE 96 I 523, 96 I 112, 95 I 4, 94 I 524, 89 I 248, 85 I 207 (Ein solcher überspitzter Formalismus wird gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis dann angenommen, wenn alle mit dem Erfordernis der betreffenden Verfahrensvorschrift verfolgten Zwecke auch ohne sie im vollen Umfange erreicht sind und das Beharren auf diesem Erfordernis nicht sachlich begründet werden kann.)

rung, dass Lastenausgleichsansprüche geltend gemacht werden sowie der Hinweis, welche Sondervorteile zu einer Schädigung führen, genügen, da die Anmeldung nur diese beiden Punkte zu klären bezweckt. Die Anführung von Beweisen bzw. Beweisanträgen gehört nicht in dieses Verfahrensstadium.

Es stellt sich indessen die Frage, ob dem Begründungserfordernis reine Ordnungsfunktion oder aber peremptorische, d.h. rechtsaufhebende Wirkung zukommt. Das VRPG regelt dies nur inbezug auf die Beschwerde und Klage ausdrücklich, indem in beiden Fällen die Begründung grundsätzlich eine Gültigkeitsvoraussetzung darstellt*4. Diese Regelung, die im übrigen durch die moderneren Verwaltungsrechtspflegegesetze der anderen Kantone nicht übernommen wurde, kann zu Ergebnissen führen, die nur schwer mit dem Rechtsempfinden vereinbar sind*5. Die Frage, ob blosse Nachlässigkeit bei der Beachtung des Begründungserfordernisses immer zu einem Verlust des Rechtsschutzes führen darf, kann unter Berücksichtigung der angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 BV bezweifelt werden. Wenn die peremptorische Wirkung des Fehlens einer Begründung schon bestritten werden kann, wenn sie durch eine Rechtsnorm ausdrücklich bestimmt worden ist, sind diese Zweifel umso mehr zu berücksichtigen, wenn eine bestimmte Regelung für den konkreten Fall fehlt.

Sowohl Art. 52 BauG wie Art. 46 BewD beantworten die Frage der Wirkung eines Begründungsmangels nicht ausdrücklich.

Die Qualifizierung als Verwirkungs- oder blosse Ordnungsvorschrift hat deshalb durch die Auslegung zu erfolgen. "Dabei

---

*4 vgl. Gygi/Stucki N 1, 2 zu Art. 51 VRPG, BGE 81 I 101
*5 Gygi/Stucki N 1 zu Art. 55 VRPG

ist", wie das Bundesgericht unter Bezugnahme auf Guldener*6 festgestellt hat, "nach einem allgemeinen Grundsatz im Zweifel derjenigen Auslegung den Vorzug zu geben, die der Verwirklichung des materiellen Rechts besser dient"*7. Das Institut des Lastenausgleiches ist im Interesse der Nachbarn, das Anmeldungserfordernis primär zum Schutze des Ersatzpflichtigen aufgestellt worden. Das Verständnis der Begründungspflicht als Verwirkungsvorschrift müsste zu einer m.E. unverantwortbaren Einschränkung der Anwendbarkeit des Lastenausgleiches führen, welche kaum mit dem Verbot des überspitzten Formalismus vereinbar wäre. Auf der anderen Seite würde eine Auslegung als Ordnungsvorschrift, deren Verletzung blosse Kostenkonsequenzen nach sich ziehen würde, die Interessen des Baugesuchstellers schwer beeinträchtigen, indem es ihm mangels Begründung nicht möglich wäre, sein Bauvorhaben in Abwendung drohender Ausgleichsansprüche abzuändern oder nötigenfalls sogar aufzugeben.

Die normkonforme Auslegung ergibt m.E., dass das Begründungserfordernis eine Vorschrift mit bedingt peremptorischer Wirkung darstellt, indem der Lastenausgleichsrichter dem Anmeldenden eine Nachfrist zur Verbesserung des Mangels anzusetzen hat, wobei erst die Nichtbeachtung dieser Nachfrist die Unwirksamkeit der Anmeldung nach sich zieht*8. Diese Lösung steht auch nicht im Widerspruch zu der gesetzlich bestimmten Verwirkungsfolge der Fristen*9, da auch eine nichtbegründete Anmeldung von Lastenausgleichsansprüchen den Baugesuchsteller vorläufig orientieren kann. Ein Zuwarten von kurzer Zeit - die Nachfrist für die Begründung ist wohl nur auf einige Tage zu bemessen - ist

---

*6 Guldener S. 49
*7 BGE 84 I 221
*8 vgl. Gygi (Verwaltungsrechtspflege) S. 38 ff
*9 vgl. S. 100 ff

dem Gesuchsteller unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen zuzumuten. Den Zweck der Orientierung erfüllt m.E. eine Begründung auch, wenn eine kurze Nachfrist zur Behebung des Mangels gegeben wird. Soweit dies die gesetzliche Regelung nicht zulassen sollte, wäre sie mit dem Verbot des überspitzten Formalismus nicht vereinbar und könnte somit den Anforderungen des Bundesrechtes nicht genügen. "Die Umbildung von Verwirkungsvorschriften in Sollvorschriften mit Verwirkungsfolgen entspricht im übrigen einer in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geförderten Entwicklungslinie"*10.

c) Frist

Die Anmeldung hat, wie dies durch ihre Zwecksetzung bedingt wird, innerhalb der Einsprachefrist oder einer in der Mitteilung genannten besonderen Frist bei der Gemeindebehörde zu erfolgen. Die Einsprachefrist*11 beträgt 30 Tage und beginnt mit der erstmaligen Veröffentlichung bzw. mit der Zustellung der Mitteilung*12. Die Frist gilt als gewahrt, wenn die Anmeldungserklärung vor Mitternacht des letzten Tages der Post übergeben wird, wobei gemäss der nicht über alle Zweifel erhabenen bundesgerichtlichen Auffassung unter Post regelmässig nur eine schweizerische Poststelle verstanden wird*13.

---

*10 Gygi a.a.O. S. 39

*11 Art. 52 BauG spricht von der Einsprachefrist, Art. 46 BewD im gleichen Zusammenhang von der Auflagefrist. Diese zumindest unglückliche, für den Laien oftmals Verwirrung schaffende Verwendung zweier Begriffe für die gleiche Zeitspanne scheint mir kaum geeignet, das Verständnis und die Uebersichtlichkeit eines Rechtsgebietes zu fördern und sollte deshalb besser vermieden werden.

*12 Art. 22 Absatz 2 BaubewD

*13 vgl. BGE 97 I 6, 84 II 198

Für die Bestimmung der Folgen einer Nichtbeachtung dieser Frist sind zwei verschiedene Fälle auseinanderzuhalten. Die Publikation wie die Mitteilung haben neben dem Hinweis auf geltende Sonderbauvorschriften, nachgesuchte Ausnahmebewilligungen u.a.m. die Androhung zu enthalten, allfällige Lastenausgleichsansprüche seien unter der Folge deren Verwirkung innerhalb einer bestimmten Frist anzumelden. Wurde auf diese Verwirkungsfolge wirklich hingewiesen, so führt ohne Zweifel die Nichteinhaltung der Frist zu einem Verlust allfälliger Lastenausgleichsansprüche. Weder den Parteien noch dem Lastenausgleichsrichter ist es möglich, die Anmeldungsfrist durch Vereinbarung oder einseitigen Gerichtsakt zu verlängern. Ein unverschuldetes Säumnis könnte einzig im Rahmen von Art. 59 VRPG durch die Wiedereinsetzung geheilt werden*14. Anders verhält es sich indessen, wenn die Publikation bzw. Mitteilung unter einem für das Lastenausgleichsverfahren wesentlichen Mangel leidet. Ein solcher ist insbesondere anzunehmen, wenn auf die Verwirkungsfolge nicht ausdrücklich hingewiesen wurde. Im allgemeinen sind die gesetzlich bestimmten Fristen des öffentlichen Rechts Notfristen, d.h. sie können nicht erstreckt werden. Der Nichtbeachtung solcher Fristen muss daher generell peremptorische Wirkung zukommen*15, so dass sich die Frage stellt, warum Art. 52 Absatz 3 Litera a BauG diese allgemein geltende Verwirkungsfolge nur für den Fall ihrer ausdrücklichen Androhung bestimmt. M.E. lässt sich daraus nur der Schluss ziehen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Anmeldung von Lastenausgleichsansprüchen auch nach der Einsprachefrist zulässig ist, sofern nicht ausdrücklich auf die Verwirkungsfolgen hingewiesen wurde. Diese Lösung scheint haltbar, wenn man von der Annahme ausgeht, die zuständige Gemeinde-

---

*14 vgl. Gygi/Stucki N 1 zu Art. 42 VRPG
*15 vgl. VGE vom 12. Oktober 1970 in MBVR 1971, S. 62

behörde bemerke und korrigiere die Fehlerhaftigkeit der Publikation bzw. Mitteilung vor dem Erlass des Bauentscheides. Fragwürdiger scheint sie indessen, wenn ein Nachbar unter Berufung auf die fehlende Verwirkungsandrohung noch Lastenausgleichsforderungen anmelden will, nachdem der die Baubewilligung enthaltende Bauentscheid schon erlassen und in Rechtskraft erwachsen ist. Hier sprechen sowohl die spezielle Zielsetzung des Anmeldungserfordernisses wie auch das allgemeine Gebot von Treu und Glauben deutlich gegen die Zulassung solcher verspäteter Anmeldungen.

Art. 52 Absatz 3 Litera a BauG enthält daher m.E. bei sinngemässer Auslegung eine Lücke, indem eine sich notwendigerweise ergebende Frage unbeantwortet bleibt. Diese Lücke ist unter Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsordnung und unter Berücksichtigung der besonderen Zielsetzung des Lastenausgleiches durch den Richter auszufüllen*16. Enthält demnach eine Publikation bzw. Mitteilung keinen Hinweis auf die Verwirkungsfolgen einer verspäteten Anmeldung, so kann ein Lastenausgleichsanspruch bis zur Erteilung der Baubewilligung angemeldet werden. Der Bauentscheid ist in diesem Falle bis zur Stellungnahme des Baugesuchstellers auszusetzen, damit letzterer eventuelle Aenderungen seines Bauvorhabens erwägen kann. Erfolgt indessen die Anmeldung nach der Erteilung der Baubewilligung, so sind die behaupteten Ansprüche als verwirkt zu betrachten. Dem durch die unvollständige und damit rechtswidrige Publikation bzw. Mitteilung geschädigten Nachbarn steht einzig noch die Verantwortlichkeitsklage gegen die schuldhafte Gemeindebehörde im Sinne von Art. 39 GemG offen.

---

*16 vgl. u.a.v. Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, S. 59, sowie Giacometti, S. 206

III. Die Klage

a) Allgemeines

Während der Anmeldung ausschliesslich orientierende Funktion zukommt, bezweckt die Klage, verstanden als Rechtsschutzansuchen, eine abschliessende Beurteilung des streitigen Rechtsverhältnisses. Die Bestimmung des Lastenausgleiches sowohl dem Grundsatze wie der Höhe nach setzt eine den gesetzlichen Voraussetzungen genügende Klage voraus und wickelt sich somit innerhalb der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege*1 ab. Die am Prozessverhältnis beteiligten Parteien stehen sich daher grundsätzlich in analoger Weise zum Zivilprozess auf gleicher Ebene gegenüber.

Aus dieser Gleichordnung der Parteien ergibt es sich, dass der Streitgegenstand im Sinne der Dispositionsmaxime*2 völlig in der Hand der Parteien bleibt. Der Lastenausgleichsrichter kann nur dann einen Anspruch feststellen, wenn er von der klägerischen Partei dazu gehalten wird (nemo iudex sine actore). Er darf nicht mehr oder etwas anderes zusprechen, als von den Parteien verlangt wird (ne eat iudex ultra petita partium). Soweit die Gegenpartei Zugeständnisse macht, sind sie für den Richter massgebend. Den Parteien steht es jederzeit frei, auch ohne Mitwirkung des Richters einen Vergleich abzuschliessen oder den Abstand zu erklären*3.

Im Gegensatz zum Zivilprozess kommt indessen im Lastenausgleichsverfahren nicht das Verhandlungs-, sondern das Unter-

---

*1 Zum Begriff vgl. Gygi (Verwaltungsrechtspflege) S. 27 ff
*2 vgl. Gygi a.a.O. S. 48 ff, Kummer (Grundriss) S. 64 ff, Guldener S. 125 ff
*3 vgl. Gygi/Stucki S. 82 N 3

suchungsprinzip zur Anwendung*4. Dies bedeutet, dass grundsätzlich der Richter von Amtes wegen verpflichtet ist, den dem Entscheid zugrunde liegenden Sachverhalt unabhängig von den Vorbringen und Beweisanträgen der Parteien festzustellen. Die umfassende richterliche Untersuchungspflicht müsste indessen bei ihrer konsequenten Durchführung zu einer nicht gerechtfertigten Aufblähung jedes Prozesses führen und ist daher aus Gründen der Prozessökonomie zu begrenzen. Dies geschieht durch die den Parteien obliegende Mitwirkungspflicht. Eine Partei, die ihre Rechtsbegehren in keiner Weise substanziert und dadurch ihre aktive Mitwirkung im Verfahren ablehnt, "darf nicht hoffen, den Rest werde die richterliche Untersuchungspflicht und die Rechtsanwendung von Amtes wegen leisten"*5.

Diese Mitwirkungspflicht ist m.E. insbesondere im Lastenausgleichsverfahren sehr zu betonen, da die vom VRPG verlangte Untersuchungsmaxime der dem Lastenausgleich zugrunde liegenden Interessenlage in keiner Weise gerecht wird. Die Einführung der im Zivilprozess üblichen Verhandlungsmaxime drängt sich de lege ferenda auf.

b) Inhalt und Form

Im Sinne von Art. 31 VRPG findet das in diesem Gesetz vorgesehene Verfahren in allen Verwaltungsstreitsachen Anwendung, soweit nicht besondere Verfahrensvorschriften bestehen. Es stellt sich daher die Frage, ob Art. 52 BauG, beziehungsweise Art. 46 BewD bezüglich Inhalt und Form der Klage besondere Vorschriften aufgestellt haben. Dies ist indessen zu verneinen, so dass die

---

*4 vgl. Art. 34 VRPG, Kummer (Einleitung) N 62 zu Art. 8 ZGB, Guldener S. 144 ff, 135 ff sowie Gygi (Verwaltungsrechtspflege) S. 53

*5 Gygi a.a.O.

allgemeinen Bestimmungen über das schriftliche Verfahren*6 Anwendung finden.

Die Klage auf Lastenausgleich ist an den Regierungsstatthalter zu richten, so dass die Durchführung eines Aussöhnungsversuches weder notwendig noch fristerwahrend ist, da ein solcher nur innerhalb der ursprünglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit und nur bei der erstinstanzlichen Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes verlangt wird*7.

Gemäss Art. 51 VRPG hat die in schriftlicher Form abgefasste Klage insbesondere folgende notwendigen Bestandteile zu enthalten:

- die Parteibezeichnung
- das Rechtsbegehren
- die Begründung
- sowie die Unterzeichnung

Das Fehlen eines dieser Elemente hat grundsätzlich das Nicht-Eintreten auf die Klage zur Folge. In der Praxis wird indessen zu Recht häufig dem Kläger im Sinne von Art. 54 VRPG eine Nachfrist zur Verbesserung der Rechtsschrift gewährt. Ein solches Vorgehen rechtfertigt sich insbesondere, wenn die Klage von einem Laien abgefasst wurde*8.

c) Die Frist

Im Sinne von Art. 52 BauG hat die Bewilligungsbehörde nach Abschluss des Baubewilligungsverfahrens den Bauentscheid durch eingeschriebenen Brief denjenigen zu eröffnen, welche eine La-

---

*6 Art. 48 f VRPG
*7 Art. 49 VRPG
*8 vgl. Gygi/Stucki N 2 zu Art. 51 VRPG

stenausgleichsforderung angemeldet haben. Diese Eröffnung ist mit dem Hinweis zu versehen, dass innert 90 Tagen beim Regierungsstatthalter Klage auf Lastenausgleich erhoben werden kann. Eine Nichtbeachtung dieser Frist führt vorbehältlich der Wiedereinsetzung zur Verwirkung des Lastenausgleichsanspruches.

Im Gegensatz zu der Hinweispflicht auf die Verwirkungsfolge der verspäteten Anmeldung kann m.E. der Klagebefristung allgemein peremptorische Wirkung zugesprochen werden. Für diese Auffassung sprechen sowohl die verschiedenen Formulierungen in Absatz 3 von Art. 52 BauG wie auch der Umstand, dass im Verwaltungsrecht grundsätzlich sämtliche gesetzlichen Fristen als Not- oder Präklusivfristen verstanden werden müssen, sofern dem Gesetze nicht etwas Abweichendes entnommen werden kann*9.

Der Lauf der 90-tägigen Frist beginnt mit der Zustellung an die Beteiligten oder ihre Vertreter, wobei es unbeachtlich bleibt, zu welchem Zeitpunkt von der Mitteilung tatsächlich Kenntnis genommen wird*10.

Dieses Abstellen auf die blosse Möglichkeit der Kenntnisnahme der Mitteilung führte neben anderen Gründen zur Schaffung der Wiedereinsetzung im Sinne von Art. 59 VRPG. Eine solche kann grundsätzlich sowohl gegenüber verpassten gesetzlichen wie auch richterlichen Fristen verlangt werden. Sie unterscheidet sich somit nicht unwesentlich von der zivilprozessualen Regelung von Art. 288 ZPO, nach welcher eine Wiedereinsetzung bei unverschuldeter Nichtbeachtung gesetzlicher Fristen nicht möglich ist*11.

---

* 9 vgl. Gygi/Stucki N 1 zu Art. 42 VRPG
*10 vgl. Gygi/Stucki N 4 zu Art. 42 VRPG
*11 vgl. Leuch N 2 zu Art. 288 ZPO

Voraussetzung für eine Wiedereinsetzung gemäss Art. 59 VRPG ist das Vorliegen erheblicher Umstände wie Krankheit oder Militärdienst, die ein rechtzeitiges Parteihandeln oder zumindest die Beauftragung eines Vertreters als für die betreffende Person unzumutbar erscheinen lassen. Falls solche Umstände nachgewiesen werden können, ist die versäumte Prozesshandlung innert 10 Tagen seit Wegfall des Hindernisses nachzuholen.

18. Rückblick

Nachdem im vorherigen Zielsetzung, Voraussetzungen und Durchsetzung des Lastenausgleiches zur Darstellung gebracht worden sind, ist im folgenden die Frage zu beantworten, ob der Lastenausgleich auch heute noch einem echten Bedürfnis entspricht oder infolge der veränderten Verhältnisse überflüssig geworden ist.

Die Entstehung des Lastenausgleiches ist insbesondere in zwei Umständen begründet. Auf der einen Seite wurde zu Recht erkannt, dass das bauordnungskonforme Bauen immer mehr zur Ausnahme wurde*1. Auf der anderen Seite bewiesen die gemachten Erfahrungen, dass das Fehlen umfassender Bestimmungen des privaten Baurechts zu wesentlichen Beeinträchtigungen eines Nachbarn führen konnte, ohne dass dem Geschädigten auch nur ein Ausgleichsanspruch zustehen würde*2.

Durch das BauG*3 wurde die besonders von Liver*4 immer wieder angeprangerte Lücke in der Regelung des privaten Baurechts geschlossen, ohne dass aber die Vorherrschaft der öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften gebrochen wurde. Die Ueberschrift eines Kapitels des von Georges Ripert*5 verfassten Buches "Le déclin du droit" lautet auch inbezug auf das bernische Baurecht zutreffend "Tout devient droit public". Die privatrechtlichen Bestimmungen des Art. 79 bis 79° EG/ZGB können daher einzig als eine Minimalgarantie*6 verstanden werden. Die Berechtigung des Lastenausgleiches wird dadurch nicht geschmälert.

---

*1 Gygi (Rechtsprechung) S. 129
*2 vgl. S. 57
*3 Art. 118 BauG
*4 vgl. Zaugg N 1 zu Art. 118 BauG, Liver in ZbJV 1967 S. 411 f
*5 zitiert bei Liver (Rechtliche Probleme) S. 12
*6 vgl. S. 36

Im weiteren kann kaum gesagt werden, dass heute in vermehrterem Masse nach den kommunalen Grundordnungen gebaut wird, als dies zur Zeit der Entstehung des Lastenausgleiches der Fall war. Eine Durchbrechung der Bauordnung bedeutet indessen in vielen Fällen eine Störung des allgemeinen Gleichgewichtes von Rechten und Pflichten und kann zu erheblichen Schädigungen der Nachbarschaft führen. Da Art. 51 BauG einen Ausgleich dieses gestörten Gleichgewichtes herbeizuführen beabsichtigt, konkretisiert er den von Kant*7 postulierten Wesensgehalt des Rechts als "Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann".

Die Berechtigung des Lastenausgleiches kann daher auch heute noch bejaht werden. Die geringe Zahl der ergangenen Entscheide, durch die Lastenausgleichsansprüche zugesprochen wurden, darf nicht zu der irrtümlichen Annahme führen, der Lastenausgleich habe wegen mangelnden Bedürfnisses zu wenig Eingang in den rechtlichen Alltag gefunden. Auf der einen Seite werden in der Praxis die Mehrzahl der Ansprüche aus Art. 51 BauG durch blosse Parteivereinbarungen geregelt. Auf der anderen Seite bewirkt allein das Wissen um den Lastenausgleich, dass nicht leichthin Durchbrechungen der baulichen Grundordnung zulasten der Nachbarschaft verlangt werden.

---

*7 zitiert bei Liver a.a.O. S. 10

B) DER LASTENAUSGLEICH UND DAS BUNDESRECHT

19. Der Lastenausgleich und Art. 64 BV

I. Einleitung

Im folgenden soll versucht werden, die Stellung und Qualifikation des Lastenausgleiches als Norm des kantonalen Rechts innerhalb der bundesrechtlichen Ordnung zu untersuchen. Insbesondere wird die sich regelmässig stellende Frage zu beantworten sein, ob der Kanton überhaupt zur Gesetzgebung im betreffenden Sachbereich zuständig ist und, falls dies bejaht werden kann, ob die gewählte Art der Regelung dem kantonalen Zuständigkeitsbereich entspricht.

Die Ausscheidung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen als Voraussetzung jeglicher bundesstaatlicher Ordnung beruht unmittelbar auf der Bundesverfassung*1. Diese Zuständigkeitsverteilung erfolgt dermassen, dass durch die Bundesverfassung nur positiv die Obliegenheiten des Bundes festgehalten werden, wogegen den Kantonen sämtliche Aufgaben überlassen werden, die nicht ausdrücklich dem Bund zugewiesen wurden.

Die Bundesverfassung drückt somit im Verhältnis zu den Kantonen die Kompetenzen nur negativ aus und bewirkt damit, dass innerhalb der bundesstaatlichen Aufgabenverteilung keine Kompetenzlücken entstehen können. Der negative Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Kantonen kann daher immer positiv gelöst werden. Mit

---

*1 vgl. hiezu und zum folgenden Fleiner/Giacometti S. 38, 66 ff, 83 ff, Burckhardt N 1 ff zu Art. 64 BV sowie Sträuli S. 50 ff

der Feststellung der mangelnden Bundeszuständigkeit ist die Kompetenz der Kantone gegeben.

Aus dieser negativen Umschreibung der kantonalen Kompetenzen darf indessen nicht die weitere Folgerung gezogen werden, dass überall, wo dem Bund die Gesetzgebung zusteht, die Kantone von der Normierung des gleichen Sachverhaltes ausgeschlossen sind, indem zwischen ausschliesslichen und nicht ausschliesslichen Bundeskompetenzen unterschieden werden muss.

Ausschliessliche Kompetenzen stellen solche dar, die eine Regelung eines bestimmten Gebietes vollumfänglich dem Bund überlassen, wobei den Kantonen für eine eigenständige Normierung kein Recht zusteht. Bei den nicht ausschliesslichen Bundesgesetzgebungskompetenzen sind dagegen sowohl Bund wie Kantone zur Ordnung der gleichen Materien befugt. Die Qualifizierung einer bestimmten Verfassungsnorm inbezug auf ihre Ausschliesslichkeit ist eine Frage der Auslegung.

In diesem Zusammenhang ist auch der immer wieder verwendete Satz "Bundesrecht bricht kantonales Recht"*2 zu verstehen, welcher durch die bundesgerichtliche Praxis aus der an sich nur intertemporale Bedeutung beanspruchenden Uebergangsbestimmung von Art. 2 der Bundesverfassung hergeleitet wurde. Dieser aus der Praxis hervorgegangene Satz beinhaltet nicht, wie man ihn irrtümlicherweise verstehen könnte, ein wertendes Gegenüberstellen zweier "Rechte" - hier das dominante Recht des Bundes, dort das rezessive der Kantone - sondern einzig und allein die

---

*2 vgl. hiezu speziell Imboden, Bundesrecht bricht kantonales Recht, Diss Zürich 1940, S. 166 ff, Huber (Einleitung) N 15 ff zu Art. 6 ZGB, Fleiner/Giacometti S. 92 ff, Ramstein S. 20 f

in jedem lebenskräftigen Bundesstaat notwendige Feststellung, dass eine an den Bund übertragene Kompetenz nicht einseitig von den Gliedstaaten wieder beansprucht werden kann.

Mit Ramstein*3 halten wir dafür, dass es sich deshalb beim Satz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" nicht primär um eine Norm- als vielmehr um eine Kompetenzkonkurrenz handelt. Aus diesem Verständnis ist auch zu folgern, dass kantonale Rechtssätze, die in Verletzung bundesstaatlicher Kompetenzverteilungsvorschriften erlassen wurden, unabhängig von ihrem Inhalt nichtig sind.

Im Sinne von Art. 64 BV ist der Bund befugt, sämtliche Belange des Privatrechts zu legiferieren. Diese Gesetzgebungskompetenz ist nach Doktrin und Praxis*4 eine ausschliessliche und umfassende. Sie wurde vom Bund durch den Erlass des schweizerischen Zivilgesetzbuches (inklusive seinem 5. Teil: Obligationenrecht) sowie weiterer Spezialvorschriften*5 im grossen Masse ausgenützt. Die Kantone sind als Folge dieser Ausschliesslichkeit der Bundeskompetenz grundsätzlich nicht mehr befugt, zivilrechtliche Bestimmungen zu erlassen. Eine Ausnahme von dieser Regel ergibt sich einzig, wenn und soweit die Kantone ausdrücklich oder dem Sinne nach durch das Bundesrecht dazu ermächtigt werden*6. Eine solche Ermächtigung nennt man einen echten Vorbehalt; echt, weil durch ihn ein Teilgebiet des Privatrechts in Durchbrechung der allgemeinen Bundeszuständigkeit der Regelung durch die Kantone überlassen wird*7.

---

*3 a.a.O. S. 20
*4 vgl. Huber (Einleitung) N 7 ff zu Art. 6 ZGB, BGE 85 I 20, 76 I 313
*5 z.B. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922 etc.
*6 vgl. Liver (Einleitung) N 34 zu Art. 5 ZGB
*7 zum Begriff des Vorbehaltes vgl. Liver (Einleitung) N 10 ff zu Art. 5 ZGB

Aus der negativen Umschreibung der kantonalen Gesetzgebungskompetenzen durch die Bundesverfassung ergibt sich im weiteren, dass zum Erlass öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Kantone grundsätzlich frei sind*8. Die Bestimmung von Art. 6 Absatz 1 ZGB beinhaltet daher zum ersten eine blosse Feststellung ohne eigene Aussagekraft und führt grundsätzlich zu keinen neuen, nicht schon sonst anerkannten Kompetenzen der Kantone.

Wie aber insbesondere Huber*9 dargestellt hat, erschöpft sich der Gehalt der zitierten Bestimmung nicht in dem oben beschriebenen unechten Vorbehalt, sondern gewährt zusätzlich dem kantonalen öffentlichen Recht eine gewisse Einflussmöglichkeit auf das Bundeszivilrecht. Dieses Zurückdrängen des Anwendungsgebietes des Bundeszivilrechts wird mit der expansiven Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts begründet. Die Befugnis der Kantone ist indessen aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit nicht unbegrenzt. So stellt das Bundesgericht in konstanter Praxis fest: "Die Kantone dürfen nur Vorschriften erlassen, die ihrem Sinn und Zwecke nach dem öffentlichen Recht angehören. Ferner dürfen sie das Anwendungsgebiet des Bundeszivilrechts nur aus haltbaren Gründen des öffentlichen Rechts beschränken und keine Vorschriften aufstellen, die dem Sinn und Geist des Bundeszivilrechts widersprechen oder dieses vereiteln"*10.

Aus dieser, dem schweizerischen Bundesstaat eigenen Kompetenzverteilung auf dem Gebiet der Rechtssetzung ergeben sich die im folgenden zu beantwortenden Fragen beim Versuch einer Einordnung des Lastenausgleiches in die geltende Rechtsordnung.

---

* 8 vgl. Art. 3 BV
* 9 a.a.O. N 70 ff zu Art. 6 ZGB
*10 BGE 85 I 20 f, so auch 96 I 716, vgl. auch Gygi (Immissionenschutz) S. 68 ff

- Zuerst ist darzustellen, was unter dem Begriff des Zivilrechts beziehungsweise des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 64 BV zu verstehen ist.

- Gestützt auf die Ergebnisse dieser ersten Frage wird danach zu entscheiden sein, ob der Lastenausgleich in der Ausgestaltung von Art. 51 f BauG dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

- Eine Bejahung des privatrechtlichen Charakters des Lastenausgleiches müsste infolge der skizzierten ausschliesslichen Bundeszuständigkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts zu einer Prüfung der Tragweite des durch Art. 686 Absatz 2 ZGB ausgesprochenen Vorbehaltes führen.

II. Die Unterscheidbarkeit von öffentlichem und privatem Recht im Sinne von Art. 64 BV

Art. 64 BV erklärt, wie oben dargestellt, den Bund unter Ausschluss der Kantone zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Privatrechts zuständig. Der Begriff des Privatrechts sowie seine Abgrenzung vom öffentlichen Recht wird vom Verfassungsgeber nicht weiter bestimmt. Die Tauglichkeit der Unterscheidung des privaten vom öffentlichen Recht als zuständigkeitszuteilendes Kriterium wird stillschweigend vorausgesetzt. Dennoch beweisen gerade die zahlreichen höchstrichterlichen Entscheidungen sowie die Vielfalt der bis heute nicht erlahmten wissenschaftlichen Abhandlungen über die Abgrenzungskriterien, dass bis in die Gegenwart keine allgemein anerkannte und für das tägliche Rechtsleben befriedigende Lösung gefunden werden konnte*1.

Gegenüber allen Lösungsvorschlägen weist insbesondere Huber*2 auf die Eigentümlichkeit der Kompetenzausscheidung von Art. 64 BV hin, indem hier nämlich die Zuständigkeit zur Gesetzgebung weder durch Angabe der Materie*3 noch durch Statuierung eines festgelegten Ziels*4 bestimmt wurde. "Die Begriffe des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts sind vielmehr objektlos. Sie sind ein Begriffspaar, zwei Normenkomplexe, die der geschichtlich gewachsenen Struktur der Rechtsordnung entnommen sind"*5. Von diesem Verständnis ausgehend ergibt es sich auch,

---

*1 vgl. Gygi (Immissionenschutz) S. 68, Holliger S. 11 ff, Ramstein S. 13 ff, Huber (Einleitung) Literatur zu Art. 6 ZGB

*2 Huber (Einleitung) N 10 ff zu Art. 6 ZGB, derselbe (Gegenwart) S. 169 ff

*3 z.B. Art. 28 BV "Zollwesen

*4 z.B. Art. 31^{quinquies} BV "Verhütung von Wirtschaftskrisen"

*5 Huber (Gegenwart) S. 179 f

dass nach Huber jede starre, nach bestimmten generellen Kriterien unterscheidende Theorie zum vornherein ihrer Aufgabe der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht nicht gerecht werden kann. Versteht man Zivilrecht und öffentliches Recht nicht als klassifikatorische, sondern typologische Begriffe, so ergibt es sich auch, dass "es eben typische und weniger typische Rechtssätze des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts"*6 gibt. Insbesondere als Folge der gewaltigen strukturellen Aenderungen in Staat und Gesellschaft, die selbstverständlich ihren Niederschlag ebenfalls in der Rechtsordnung finden*7, wird die Unterscheidbarkeit immer schwieriger, ja unpraktikabler. Oeffentliches wie privates Recht, verstanden als sich gegenseitig bedingende Elemente eines einzigen Ganzen, "münden so in ein gegenseitiges Durchwalten. Sie vollenden einander, und sie bilden auch innerhalb des bundesstaatlichen Verhältnisses komplementäre Grössen"*8.

Wenngleich dem dargestellten Huber'schen Verständnis des öffentlichen und privaten Rechts beigestimmt werden muss und somit alle Unterscheidungstheorien voraussetzungsgemäss als nur beschränkt anwendbar angesehen werden können, ergibt sich die Notwendigkeit der Unterscheidung aus der heute (noch) geltenden bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung von Art. 64 BV. - Der Entscheid, ob eine bestimmte Norm des kantonalen Rechts dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuschreiben sei, kann nicht mit dem Hinweis auf den typologischen Charakter der Unterscheidung aufgeschoben werden*9. Dieser Entscheid ist notwendig und eigentlicher Gegenstand vorliegender Bemühungen.

---

*6 a.a.O. S. 180
*7 Huber (Einleitung) N 134 ff zu Art. 6 ZGB
*8 Huber (Gegenwart) S. 194, vgl. auch Burckhardt S. 587, Bullinger S. 112, Bäumlin (Rechtliche Probleme) S. 124 ff
*9 vgl. Liver (Rechtliche Probleme) S. 14, Huber (Einleitung) N 163 ff zu Art. 6 ZGB

Soweit für diese Entscheidung eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen, den Theorien entnommenen Unterscheidungskriterien notwendig sein wird, soll dies im folgenden unter Berücksichtigung der eingangs kurz dargestellten, grundsätzlichen Schwierigkeiten erfolgen.

Ziel der Untersuchung ist es indessen nicht, die bestehenden Theorien und Meinungen grundsätzlich zu untersuchen oder sogar eine weitere "Theorie" zu schaffen, sondern einzig und allein, die Voraussetzungen für die notwendige Zuordnung des Lastenausgleiches in das Gebiet des öffentlichen oder privaten Rechts zu erlangen.

III. Theorien der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht

Im folgenden soll versucht werden, die wesentlichsten und am meisten Verbreitung gefundenen Theorien kurz darzustellen und, soweit für die Problemstellung relevant, kritisch zu überdenken.

Einleitend ist vorerst festzuhalten, dass die Qualifizierung einer bestimmten Vorschrift als privat- beziehungsweise öffentlich-rechtlich unabhängig vom allgemeinen Charakter des Gesetzes, aus dem die zu beurteilende Norm entnommen wurde, zu erfolgen hat*1.

Die Feststellung, dass ein Gesetz in seiner Gesamtheit dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, schliesst daher nicht den privatrechtlichen Charakter einer darin enthaltenen Einzelbestimmung aus. Im weiteren mag die von Huber*2 zitierte Auffassung von Enneccerus/Nipperdey, wonach "sich ein Gesetz gleichsam an die Stelle der Theorie setzen und die Qualifikation einer Norm als öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche selber autoritativ vornehmen" kann, für das deutsche Recht, nicht aber für die schweizerischen Rechtsverhältnisse ihre Richtigkeit haben. Dies ergibt sich schon allein aus dem Umstand, dass die bundesstaatliche Gesetzgebungskompetenzverteilung im Sinne von Art. 64 BV vollkommen obsolet würde, wenn den Kantonen das vom Bund nicht überprüfbare Recht zugestanden würde, ein Gesetz oder eine bestimmte Einzelvorschrift autoritativ und unabhängig vom

---

*1 Huber (Einleitung) N 117 zu Art. 6 ZGB, so auch Holliger S. 11, 50, Haab N 6 zu Art. 680 ZGB und BGE 56 II 22 E. 1

*2 a.a.O. N 118 zu Art. 6 ZGB

Inhalt als öffentlich-rechtlich und damit in ihren Zuständigkeitsbereich fallend zu qualifizieren.

Im weiteren ist ebenfalls schon hier festzustellen, dass das formale Kriterium der Durchsetzung eines Anspruches auf dem zivil- oder verwaltungsgerichtlichen Weg zu keiner brauchbaren Unterscheidung von öffentlich- und privatrechtlichen Verhältnissen führen kann*3.

Zur Erhärtung dieser Aussage sei an die bernische Regelung der gerichtlichen Einforderung von Unterstützungsbeiträgen im Sinne von Art. 328 ZGB erinnert, für deren Beurteilung nicht der Gerichtspräsident beziehungsweise der Appellationshof, sondern der Regierungsstatthalter in erster und das Verwaltungsgericht in zweiter Instanz zuständig ist*4. Dennoch wird der privatrechtliche Charakter der zitierten Bestimmung kaum bestritten werden können. - Auf der anderen Seite ist eine Schadenersatzklage gegenüber einem Gemeindebeamten ungeachtet des öffentlich-rechtlichen Charakters des Anspruches nicht beim Regierungsstatthalter, sondern beim Gerichtspräsidenten anzubringen*5. - Im weiteren ist auch hier daran zu erinnern, dass eine kantonale Regelung, wie dies die Abgrenzung der Zivil- von der Verwaltungsgerichtsbarkeit darstellt, grundsätzlich nicht in der Lage ist, eine bestimmte Vorschrift als öffentlich- oder privatrechtlich im Sinne von Art. 64 BV zu qualifizieren*6.

Zusammenfassend ist deshalb schon hier festzuhalten, dass weder die rechtliche Qualifizierung einer bestimmten Vorschrift durch

---

*3 vgl. Enneccerus/Nipperdey, I S. 227
*4 Art. 24 Ziff. 6 VRPG
*5 Art. 39 GemG, Leuch N 1 b. Ungenau daher Bäumlin (Rechtliche Probleme) S. 110 f
*6 vgl. auch Nawiasky S. 278

den Gesetzgeber noch die Art ihrer gerichtlichen Durchsetzung geeignet sind, eine konkrete Norm des kantonalen Rechts dem öffentlichen oder privaten Recht im Sinne von Art. 64 BV zuzuordnen.

Die Interessentheorie geht von der berühmten Ulpian Unterscheidung "Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem"*7 aus und gelangt so zu der Aussage: Rechtssätze, die überwiegend Privatinteressen dienen, gehören dem Privatrecht an, solche, die ausschliesslich oder doch überwiegend die öffentlichen Interessen verfolgen, dem öffentlichen Recht.

Die Tauglichkeit dieser Theorie zur Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht ist äusserst bestritten. So schreibt Huber:*8 "Die Interessentheorie ist, auch nur als "allgemeiner Ausgangspunkt" unbrauchbar und heute überwunden". Der gleiche Autor räumt indessen selber ein, dass diese Theorie zumindest auf dem Gebiet des Nachbarrechts "ein brauchbarer erster Ansatz"*9 darstellt. An diese letzte Bemerkung knüpfte Liver*10 zu einer Rechtfertigung der Interessentheorie zumindest bei der Beurteilung baurechtlicher Normen an.

Sicherlich ist zuzugeben, dass einerseits das Recht nicht nur als Interessenschutz aufgefasst werden darf, andererseits das öffentliche Interesse, verstanden als "wertkritischer Ausgleich der Individualinteressen"*11, nicht klassifikatorisch dem privaten Interesse gegenübergestellt werden darf. Oeffentliches

---

* 7 1, 2 D. 1, 1
* 8 Einleitung N 121 zu Art. 6 ZGB, vgl. M. Gysin S. 51 f, Ramstein S. 24 ff, Forsthoff S. 100, Molitor S. 30 ff, vgl. auch Holliger S. 60 ff
* 9 (Einleitung) N 130 zu Art. 6 ZGB
*10 Liver (Rechtliche Probleme) S. 13
*11 Bäumlin (Rechtliche Probleme) S. 126

und privates Interesse sind wie öffentliches und privates Recht einzig typologische Begriffspaare und schliessen einander nicht grundsätzlich jederzeit aus. Die absolute Verwerfung der Interessentheorie mit dem Hinweis auf das jeder Gesetzgebung (auch der des Privatrechts) zugrunde liegende öffentliche Interesse erscheint mir deshalb nicht richtig*12. Bedingt dadurch, dass öffentliches und privates Recht nur zwei Seiten des einen und einzigen "Rechts" sind, kann es m.E. keine Normen geben, die ausschliesslich im Interesse der Oeffentlichkeit oder des einzelnen Individuums aufgestellt wurden. Dies wird aber von der richtig verstandenen Interessentheorie gerade vorausgesetzt, wenn von ihr verlangt wird, das jeder Vorschrift inhärente öffentliche wie auch private Interesse sei gegeneinander abzuwägen*13.

Wenn Huber*14 und Ramstein*15 insbesondere im Bereich des Arbeitsrechts das Ungenügen der Interessentheorie zu beweisen versuchen und danach zu einer allgemeinen Ablehnung dieser Theorie gelangen, ist ihnen insofern zuzustimmen, als es sicherlich Rechtssätze gibt, bei denen weder das private noch das öffentliche Interesse überwiegen. Eine Entscheidung aufgrund der Interessentheorie ist hier anerkanntermassen nicht möglich. Dennoch rechtfertigt sich m.E. eine generelle Verwerfung der Interessentheorie nicht, da es eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Vorschriften gibt, bei denen sehr wohl ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse feststellbar ist.

---

*12 so Ramstein S. 13, 30 f
*13 vgl. Grisel S. 44 f, Gygi (Verwaltungsrecht) S. 4, Anmerkung 4
*14 (Einleitung) N 215 ff zu Art. 6 ZGB
*15 S. 37 ff

Die Subjektstheorie qualifiziert ein konkretes Rechtsverhältnis ausschliesslich nach den beteiligten Parteien. Oeffentlich-rechtlich im Sinne dieser Theorie ist jedes Rechtsverhältnis, bei dem zumindest auf einer Seite der Staat oder ein mit hoheitlicher Gewalt ausgestattetes Rechtssubjekt beteiligt ist*16.

Der gegen dieses Denkmodell immer wieder erhobene Einwand, dass auch das Gemeinwesen im Bereich der Hilfsgeschäfte und der fiskalischen Verwaltung sich der privatrechtlichen Rechtsinstitute (Miete, Kauf, Auftrag etc.) bediene*17, widerlegt nur die eine Seite der Subjektstheorie: Die Richtigkeit der negativ formulierten Aussage dieser Theorie, - wo kein mit hoheitlicher Gewalt ausgestattetes Rechtssubjekt beteiligt ist, kann kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vorliegen - widerlegt die angeführte Kritik nicht. Gegenteils kann m.E. bei Rechtsverhältnissen, die ausschliesslich Private in dieser ihrer Eigenschaft betreffen, die privatrechtliche Natur der diesem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Vorschrift vermutet werden.

Eine der oben erwähnten Kritik gerecht sein wollende Weiterentwicklung und Verfeinerung der Subjektstheorie stellt die Subjektionstheorie dar, welche insbesondere die Lücke schliesst, die bei der Beurteilung der Handlungen des Staates auf dem nicht-hoheitlichen Gebiet entstanden ist. Nach der Subjektionstheorie ist eine Norm privatrechtlich, wenn sich zwei grundsätzlich Gleichberechtigte gegenüberstehen, öffentlich-rechtlich indessen, sobald ein am Rechtsverhältnis beteiligtes Subjekt in einem Subordinationsverhältnis zum andern steht.

---

*16 vgl. Huber (Einleitung) N 125 zu Art. 6 ZGB, Ramstein S. 13, Gysin S. 54, Grisel S. 45

*17 vgl. Gygi (Verwaltungsrecht) S. 2 ff

Ebenfalls diese Theorie kann voraussetzungsgemäss nicht sämtliche strittigen Fragen befriedigend lösen. So wird etwa auf die öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse zwischen den gleichberechtigten Kantonen hingewiesen oder aber auf der anderen Seite an die Subordination verlangenden Bestimmungen des privatrechtlichen Elternrechts erinnert. - Dennoch ist zu anerkennen, dass auch die Subjektionstheorie einen berechtigten Kern aufweist, wobei die Feststellung von Ramstein, die Subjektionstheorie führe "zu den brauchbarsten und befriedigendsten Ergebnissen"*18 ein wenig zu verallgemeinernd und abschliessend ist.

---

*18 Ramstein S. 14

IV. Die Qualifizierung des Lastenausgleiches anhand der angeführten Theorien

Mit Huber*1 halten wir dafür, dass wegen der eingangs kurz dargestellten Unmöglichkeit einer klaren und unveränderlichen Unterscheidbarkeit von öffentlichem und privatem Recht ein einziges Kriterium für die Beurteilung sämtlicher Normen nie restlos befriedigen kann. Dennoch erübrigt es sich m.E. im Rahmen dieser Arbeit, weitere Denkmodelle und Lösungsvorschläge anzuführen, da schon anhand der bisher skizzierten Theorien folgende Folgerungen gezogen werden können:

1. Die Stellung des Lastenausgleiches im mit "öffentliches Baurecht" überschriebenen ersten Teil des BauG sagt über seine Qualifizierung als Norm des öffentlichen oder privaten Rechts nichts Entscheidendes aus.

2. Der Wille des kantonalen Gesetzgebers, den Lastenausgleich als Vorschrift des öffentlichen Rechts verstanden zu wissen*2, ist im Sinne der kompetenzordnenden Bestimmung von Art. 64 BV bundesrechtlich nicht zu beachten.

3. Aus dem Umstand, dass im Sinne von Art. 52 BauG die Klage auf Lastenausgleich beim Regierungsstatthalter anzuheben

---

*1 (Einleitung) N 130 zu Art. 6 ZGB, so ebenfalls Liver "Auch hier verhält es sich so, dass die verschiedenen Theorien nicht selbständig und unabhängig voneinander bestehen, sondern auf verschiedene Momente ein und desselben Sachverhaltes abstellen. Von diesen tritt im einen Rechtsgebiet das eine, im anderen ein anderes besonders hervor und eignet sich als Ausgangspunkt. Auch müssen unter Umständen zwei oder mehrere von ihnen miteinander verbunden werden", in (Rechtliche Probleme) S. 13 f

*2 Vgl. S. 56 ff

ist und dessen Entscheid an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern weitergezogen werden kann, lässt sich einzig die in concreto zutreffende Vermutung ziehen, dass der Gesetzgeber den Lastenausgleich als Institut des öffentlichen Rechts verstehen wollte. Weitere bundesstaatlich zu beachtende Schlüsse sind daraus nicht zu ziehen.

4. Eine Ueberprüfung der durch den Lastenausgleich normierten Interessenlage ergibt m.E. ein überwiegendes privates Interesse. Dies lässt sich insbesondere aus folgenden Gründen ableiten:

- Die Entstehung des Lastenausgleiches ist in entscheidender Weise durch ein Einzelschicksal und nicht durch ein staatliches Bedürfnis bestimmt worden.

  Der dem Lastenausgleich zugrunde liegende Sachverhalt, dass nämlich ein Einzelner zulasten seines Nachbarn einseitig begünstigt wurde, ohne dass vorerst der Betroffene auch nur finanziell entschädigt werden konnte, erweckte schon innerhalb der ausserparlamentarischen Expertenkommission gewisse Bedenken. So stellte Siegenthaler*3 in diesem Gremium fest: "Diese Interessenlage legt den Schluss auf eine Privatrechtsverletzung nahe. ... Aber es ist nicht Sache des öffentlichen Rechts, hier dem begünstigten Privaten eine Entschädigungspflicht zu überbinden. Die Entschädigungsfrage ist eine solche des zivilen Nachbarrechts... ."

- Nicht nur die Entstehungsgeschichte, sondern auch die Ausgestaltung des Lastenausgleiches lassen den Schluss zu,

---

*3 Prot. der 11. Sitzung vom 22. August 1955, S. 1 f

dass primär eine billige Abwägung kollidierender Privatinteressen herbeigeführt werden soll, wobei das öffentliche Interesse nur subsidiär in der Möglichkeit der vermehrten Gewährung individueller Einzellösungen tangiert wird.

- Das überwiegende private Interesse zeigt sich m.E. ebenfalls in der Art der gerichtlichen Geltendmachung eines Lastenausgleichsanspruches, wird doch sowohl über die Einleitung des Verfahrens wie auch über die Höhe der Entschädigung ausschliesslich nach den Grundsätzen der Privatautonomie entschieden*3b.

Das überwiegende private Interesse, das sich sowohl aus der Entstehungsgeschichte wie auch aus der materiellen und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des Lastenausgleiches ergibt, lässt m.E. die Vermutung zu, dass die in Art. 51 BauG enthaltene Norm als privatrechtlich im Sinne von Art. 64 BV zu qualifizieren ist.

5. Diese Vermutung wird durch die Heranziehung der Unterscheidungskriterien der Subjektstheorie bestätigt. Die durch den Lastenausgleich berechtigten beziehungsweise verpflichteten Rechtssubjekte sind in aller Regel*4 Privatpersonen, "die nicht etwa (wie bei der Enteignung zugunsten eines Privaten) mit einer öffentlichen Aufgabe betraut"*5 sind. - Nachdem die Subjektstheorie einzig inbezug auf Rechtsverhältnisse mit Beteiligung von Rechtssubjekten mit hoheitlicher Gewalt

---

*3b vgl. dagegen Art. 37^3 EntG, wonach die Schätzungskommissionen bei der Festsetzung der Höhe der Enteignungsentschädigung nicht an die Anträge der Parteien gebunden sind.

*4 Für den atypischen Fall, dass auf der einen oder anderen Seite ein Gemeinwesen oder eine mit hoheitlicher Gewalt ausgestattete Privatperson beteiligt ist, vgl. Ziff. 6 nachfolgend.

*5 Jagmetti S. 45, Anmerkung 163

eine Lücke aufweist, eine solche Beteiligung für den Lastenausgleich weder Voraussetzung noch Regel darstellt, muss m.E. auf die privatrechtliche Natur des Lastenausgleiches geschlossen werden*6.

6. Zu dem gleichen Ergebnis führt die Anwendung der Subjektionstheorie. Die sich im Lastenausgleichsverhältnis gegenüberstehenden Parteien sind grundsätzlich gleichberechtigt, eine im Sinne dieser Theorie zu beachtende Subordination*7 der einen oder anderen Partei kann nicht festgestellt werden. So ist grundsätzlich auch das Gemeinwesen sowohl aktiv wie aber auch passiv zur Lastenausgleichsforderung legitimiert*8.

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die von Jagmetti*9 und Siegenthaler*10 angetönten Einwände, der Lastenausgleich in der Ausgestaltung des bernischen Gesetzgebers sei als eine Norm des Privatrechts zu qualifizieren, anhand der in der Doktrin verbreiteten Theorien nicht aus dem Weg geräumt werden konnten. - Gegenteils muss nach den bisherigen Untersuchungen die privatrechtliche Natur der beurteilten Bestimmung angenommen werden.

---

*6 Nicht speziell auf den Lastenausgleich bezugnehmend meint auch Gygi: "Nach der hiervor auseinandergesetzten Betrachtungsweise kann der Gesichtspunkt nicht übergangen werden, ob die kantonale Norm in erster Linie die Beziehungen zwischen den Privaten zu ordnen anstrebt und Rechtsansprüche zwischen ihnen schaffen will. Dann jedenfalls können sie nicht dem öffentlichen Recht angehören.", in (Immissionenschutz) S. 73

*7 Subordination nicht im soziologischen Sinn, sondern als Unterordnung unter eine hoheitliche Gewalt verstanden. Vgl. Huber (Einleitung) N 126 zu Art. 6 ZGB

*8 vgl. Zaugg N 1 zu Art. 51 BauG

*9 "Im übrigen muss man sich fragen, ob eine solche Regelung, selbst wenn der Anspruch im Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsverfahren durchzusetzen ist, angesichts der Rechtssetzungskompetenz des Bundes im Bereiche des Privatrechts von den Kantonen überhaupt aufgestellt werden kann.", S. 45

*10 vgl. S. 58, Anmerkung 8

V. Die Praxis des Bundesgerichtes

Für den mit der Rechtsanwendung Beschäftigten genügt es in aller Regel nicht, eine Aufgabe theoretisch, d.h. zwecklos und um der Wahrheit willen, zu erforschen, sondern er verlangt in erster Linie eine auch von den Gerichten als durchführungswert anerkannte Lösung sich in der Praxis stellender Probleme. Insbesondere bei der "Qualifikation von kantonalen Rechtssätzen können sich jedoch die Begriffe des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts, die die Rechtstheorie herausstellt, wandeln"*1. Deshalb soll im folgenden darzustellen versucht werden, inwieweit die von der Judikatur gewonnenen Unterscheidungskriterien von öffentlichem und privatem Recht mit den theoretischen Erkenntnissen übereinstimmen.

Nachdem bis heute meines Wissens noch nie vor einem Gericht die privatrechtliche Natur des Lastenausgleiches geltend gemacht wurde, kann es sich bei der nachfolgenden Untersuchung der Praxis nur darum handeln, allgemein gültige Hinweise über die Charakteristika des privaten beziehungsweise öffentlichen Rechts zu erlangen. Dabei sei schon hier festgestellt, dass vorläufig einzig zu prüfen ist, ob nach der bundesgerichtlichen Praxis der Lastenausgleich als öffentlich- oder als privatrechtlich zu qualifizieren ist. Die Frage nach der sogenannten expansiven Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts*2 stellt sich logischerweise erst, wenn der Lastenausgleich als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden müsste*3. Diese grundsätzlich zu be-

---

*1 Huber (Einleitung) N 113 zu Art. 6 ZGB
*2 Zum Begriff vgl. 96 I 716, 87 I 188, 85 I 20, Huber (Einleitung) N 70 ff zu Art. 6 ZGB
*3 vgl. Gysin S. 53

achtende Verschiedenheit der Fragestellung wird indessen gerade vom Bundesgericht gerne übersehen*4.

So geht dieses oftmals direkt zur Prüfung über, inwieweit eine kantonale Vorschrift das Bundeszivilrecht beeinflussen darf, ohne die sich zuerst stellende Frage, ob die betreffende Bestimmung nicht etwa in Verletzung von Art. 64 BV als zivilrechtlich zu bezeichnen sei, zu beantworten.

Wie insbesondere schon Ramstein*5 in seiner Arbeit zu Recht dargestellt hat, geht das Bundesgericht in der überwiegenden Mehrzahl seiner Entscheidungen von der Interessentheorie aus*6. Die bei der Beurteilung einer kantonalen Motorfahrzeug-Haftungsordnung erfolgte Anwendung der Subjektionstheorie*7 ist ein Einzelfall geblieben. Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit den verschiedenen Theorien erfolgte bis heute durch das Bundesgericht nicht. In einem neueren Entscheid wird einzig die auch in der Doktrin*8 für die Kompetenzausscheidung von Art. 64 BV mehrheitlich als unbrauchbar bewertete Theorie von W. Burckhardt abgelehnt. So machte das Bundesgericht die heute wohl kaum mehr

---

*4 vgl. Huber (Einleitung) N 113 f, 122 f zu Art. 6 ZGB sowie BGE 87 I 186, 85 II 375

*5 S. 24 ff

*6 vgl. BGE 91 I 197, 87 I 186, 85 I 25, 85 II 375, 80 II 63, 80 I 162, sowie die bei Ramstein S. 24, Anmerkung 18 zitierten BGE

*7 "Der Inhalt dieser Norm ist ein privatrechtlicher und nicht etwa ein öffentlich-rechtlicher (so dass sie durch Art. 6 ZGB als gedeckt erschiene): sie ordnet nicht das Verhältnis des Motorfahrzeuginhabers zum Staate, öffentliche Pflichten dem letzteren gegenüber, sondern seine rechtliche Beziehung zu Dritten, ihm gleichgeordneten Rechtssubjekten... ." BGE 51 I 426.

*8 vgl. Huber (Einleitung) N 129 zu Art. 6 ZGB, Ramstein S. 15 f, Gysin S. 57

bestrittene Feststellung:*9 "Entgegen einer gelegentlich vertretenen Auffassung ist das nachgiebige Recht nicht schlechtweg dem Privatrecht gleichzusetzen, wie umgekehrt das öffentliche Recht nicht durchwegs zwingender Art zu sein braucht." (Huber N 129 zu Art. 6 ZGB).

Eine darüber hinausgehende Betrachtung der verschiedenen von der Theorie vertretenen Unterscheidungen ist indessen bis heute unterblieben. Ebenso hat sich das Bundesgericht bis jetzt geweigert, den von verschiedenen Autoren*10 z.T. äusserst heftig geltend gemachten Einwänden gegen die Tauglichkeit der Interessentheorie eine ausführliche Antwort entgegenzuhalten. So begründete es noch 1961 die öffentlich-rechtliche Natur einer kantonalen Bestimmung, welche die Arbeitgeber verpflichtete, den Arbeitnehmern drei Wochen bezahlte Ferien zu gewähren, mit der Interessentheorie, deren Berechtigung mit dem Satz belegt wurde:*11 "Cette jurisprudence, constante depuis plusieurs dizaines d'années, n'est aujourd'hui pas discutée."

Da das Bundesgericht seine Praxis zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht insbesonders auf dem Gebiet der kantonalen Freizeitgesetzgebung begründet hat*12, ist diese im folgenden kurz darzustellen.

---

* 9 BGE 90 I 211

*10 Insbesondere Huber in seinem vor den Juristenvereinen von Bern, Zürich und Genf gehaltenen Vortrag "Das Verhältnis des kantonalen öffentlichen Rechts und des Bundeszivilrechts in der Gegenwart", veröffentlicht in ZbJV 1962, S. 169 ff, derselbe in (Einleitung) N 168 ff, 215 ff zu Art. 6 ZGB, ebenfalls Ramstein S. 24 ff, Gysin S. 49 ff

*11 87 I 188, vgl. die kritische Besprechung von Huber (Gegenwart) S. 370: "In Wahrheit ist jedoch diese Rechtsprechung auf der ganzen Linie der Argumentation angefochten,..."

*12 vgl. BGE 58 I 30, 73 I 229, 76 I 314, 80 I 162, 85 II 375, 87 I 186

1932 hatte das Bundesgericht eine staatsrechtliche Beschwerde zu beurteilen, mit welcher die Verfassungswidrigkeit eines baselstädtischen Gesetzes, welches bezahlte, obligatorische Ferien für gewisse Arbeitnehmer einführen wollte, geltend gemacht wurde. Insbesondere wurde von den Rekurrenten behauptet, die angefochtene Norm verletze Art. 64 BV, da sie als zivilrechtlich im Sinne der zitierten Verfassungsbestimmung zu qualifizieren sei. In Beurteilung dieses Einwandes stellte das Bundesgericht*13 fest:

"Es kommt daher zunächst, wie auch die Rekurrenten bemerken, darauf an, ob die angefochtene Vorschrift ihrem Sinn und Zweck nach dem öffentlichen Recht angehört. Das ist dann zu bejahen, wenn sie wesentlich und in erster Linie im öffentlichen Interesse besteht, und diese Voraussetzung trifft zweifellos zu. Das Basler Feriengesetz bezweckt in der Hauptsache, den Dienstpflichtigen jährliche Ferien zu verschaffen, soweit sie nicht der Fabrikgesetzgebung unterstellt sind. Die Rekurrenten geben zu, dass das Gesetz insoweit öffentliches Recht enthält, und es handelt sich denn auch dabei um gewerbepolizeiliche Vorschriften, die im Interesse der öffentlichen Ordnung und Gesundheit aufgestellt sind, gleich wie diejenigen, die für gewisse Tage oder Stunden die Einstellung der Arbeit vorschreiben .....
Die Vorschriften über die Lohnzahlung während der Ferien haben nun keine selbständige Bedeutung: sie bilden nach der Auffassung der Basler Behörden und des Feriengesetzes ein Mittel, um den Dienstpflichtigen die Ferien zu ermöglichen, und diese Auffassung ist keineswegs verfehlt."

---

*13 58 I 30 f

Gestützt auf diese Ueberlegungen wurde in der Folge die Beschwerde abgewiesen.

Schon dieser Entscheid wurde nicht einhellig begrüsst. So schreibt Huber*14 unter Berücksichtigung der mangelhaften Bundesgesetzgebung: "Das Bundesgericht hätte wohl besser getan, schon im Basler Fall einen Verstoss gegen das Bundeszivilrecht anzunehmen und so damals schon über kurz oder lang den Bundesgesetzgeber zu mobilisieren, trotzdem freilich die ferienlose Zwischenzeit für Arbeitnehmer ohne Gesamtarbeitsvertrag bedauerlich gewesen wäre."

Mit Huber*15 kann bezweifelt werden, ob das öffentliche Interesse wirklich generell, d.h. unabhängig von Alter, Gesundheitszustand und Beschäftigungsart der Arbeitnehmer, eine bestimmte Anzahl Ferientage verlangt. Dennoch kann eine solche Vorschrift m.E. als öffentlich-rechtlich verstanden werden, sofern dadurch nur eine dem Staate gegenüber verbindliche Pflicht der Arbeitgeber statuiert wird. In diesem Falle ist ein Anspruch auf bezahlte Ferien auch im Sinne der Subjekts- beziehungsweise Subjektionstheorie öffentlich-rechtlich. Eine Verletzung der dem Arbeitgeber auferlegten Pflicht zur Gewährung bezahlter Ferien ist durch den Staat selber mittels Befehl, Zwang oder Strafe zu ahnden*16.

Sobald indessen die dem Arbeitgeber obliegende Pflicht mit einer korrespondierenden, klageweise durchsetzbaren Berechtigung des Arbeitnehmers ausgestattet wird, verlässt eine solche Vorschrift das öffentliche Recht und wird privatrechtlich. -

---

*14 S. 184 ff
*15 S. 190
*16 vgl. hiezu Roos, Die Vollstreckung im bernischen Verwaltungsrecht, in MBVR 1947, S. 113 ff, insbesondere S. 117 ff

Dies hat auch das Bundesgericht in einem grundlegenden Entscheid anerkannt, in dem es die Zulässigkeit eines genferischen Gesetzes, welches den Arbeitnehmern einen gesetzlichen Leistungsanspruch auf bezahlte Ferien gewährte, zu beurteilen hatte. So führte es in der leider nur auszugsweise veröffentlichten Begründung aus*17:

"Les sanctions pénales auxquelles s'expose l'employeur qui ne verse pas les salaires de vacances signifient que sa dette relève du droit public. L'employé peut-il néanmoins en exiger lui-même le paiement? Telle était vraisemblablement l'intention du législateur, qui, à l'art. 17 al. 2, déclare les tribunaux de prud'hommes compétents pour cider les "différends d'ordre civil" entre employeur et salariés. Il se serait alors servi d'un moyens de droit civil. Mais on ne saurait le lui reprocher. Outre que les recourants n'ont pas attaqué l'art. 17 al. 2 de la loi, il serait excessif d'empêcher un canton qui, pour le bien commun, introduit une réforme sociale en harmonie avec le droit privé fédéral, d'en accroître l'efficacité par un moyen de droit civil. Lorsqu'une institution cantonale se concilie avec le droit privé fédéral, la légitimité des moyens mis en oeuvre ne doit pas s'apprécier selon des critères purement formels (Burckhardt, Revue de la Société des juristes bernois, t. 74 434)."

Auch dieser Entscheid wurde z.T. heftig kritisiert. So schreibt Huber*18:

---

*17 BGE 73 I 229

*18 S. 188, derselbe in (Einleitung) N 168 zu Art. 6 ZGB, Ramstein S. 39

"Allein eine Bestimmung des kantonalen Rechts, die einen vor den Gerichten klagbaren Zivilanspruch verleiht, arbeitet meines Erachtens nicht nur "mit zivilrechtlichen Mitteln", sondern ist selber eine zivilrechtliche Bestimmung und deshalb den Kantonen mangels einer besondern Ermächtigung verwehrt."

Dem Bundesgericht ist insofern beizustimmen, dass es zweifellos zweckmässiger wäre, wenn die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Pflichten nicht nur durch die verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsmassnahmen, sondern ebenfalls durch gerichtlich geltend zu machende Leistungsansprüche der direkt betroffenen Privaten ermöglicht würde. Dieses Bedürfnis nach einer privaten Erfüllungsklage zeigt sich indessen, was später noch zu zeigen sein wird*19, nicht nur auf dem Gebiet der Feriengesetzgebung, so dass die den Kantonen gewährte Möglichkeit, mit zivilrechtlichen Mitteln zu arbeiten, zu einer völligen Verzerrung der durch Art. 64 BV bewirkten Kompetenzausscheidung führen kann.

Mit Ramstein*20 ist aber m.E. "die Einhaltung der in der Bundesverfassung vorgenommenen Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen eine derart grundsätzliche und wichtige Angelegenheit, dass die Rechtsprechung diese Grundsätze nicht aus praktischen und sozialpolitischen Erwägungen missachten sollte."

---

*19 vgl. S. 136
*20 Ramstein S. 39

VI. Die Qualifizierung des Lastenausgleiches anhand der bundesgerichtlichen Praxis

Der Lastenausgleich bezweckt, wie schon dargestellt*1, einen finanziellen Ausgleich zwischen dem durch eine bestimmte behördliche Massnahme Bevorteilten und seinen kausal geschädigten Nachbarn. Seine innere Rechtfertigung liegt in dem nachbarrechtlichen Grundgedanken des Gleichgewichtes der gegenseitigen Rechte und Pflichten. Wenngleich diese Interessenlage m.E. eher nach einer privatrechtlichen Regelung ruft, kann die konkrete Ausgestaltung durch den Gesetzgeber sowohl privat- wie aber auch öffentlich-rechtlich erfolgen.

Grundsätzlich sind folgende drei Lösungsmöglichkeiten denkbar:

- Der durch die Gewährung eines baurechtlichen Sondervorteils Berechtigte hat dem Gemeinwesen in der Höhe seines Sondervorteils einen Geldersatz zu leisten. Diese Summe kann durch das Gemeinwesen entweder an die benachteiligten Nachbarn oder aber an einen speziellen Planungsfond weitergeleitet werden. Eine solche Leistungspflicht hätte sowohl nach der vom Bundesgericht in der Regel angewandten Interessentheorie wie aber auch nach der durch die Doktrin mehrheitlich vertretenen Subjekts- beziehungsweise Subjektionstheorie eindeutig öffentlich-rechtlichen Charakter und müsste als vorzugslastähnlich*2 qualifiziert werden. So bezeichnete auch ein Mitglied der ausser-

---

*1 vgl. S. 60 ff

*2 Vorzugslasten sind Kausalabgaben, die indessen einem Pflichtigen nur auferlegt werden können, wenn er aus einer öffentlichen Einrichtung einen besonderen, geldwerten Vorteil zieht. Vorzugslasten dürfen grundsätzlich nur bis zur Kostendeckung des betreffenden Werks erhoben werden. Vgl. Gygax S. 336

parlamentarischen Expertenkommission den zu schaffenden Lastenausgleichsanspruch "als eine Art konkreter Grundeigentümerbeitrag"*3.

- Ebenfalls denkbar und in der Praxis sehr verbreitet ist die Regelung, dass einem Baugesuchsteller eine Ausnahmebewilligung unter der Bedingung erteilt wird, dass er das Einverständnis der betroffenen Nachbarn (in der Regel schriftlich) beibringen kann*4.
  Eine solche Bedingung, welche im wesentlichen den Zwang zum Abschluss einer dem Privatrecht unterstellten Vereinbarung beinhaltet, ist mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Baubewilligung vereinbar*5. Diese Regelung ist indessen insofern zu bemängeln, als der Baugesuchsteller unter dem Zwang, eine gütliche Einigung mit seinen Nachbarn erreichen zu müssen, leicht durch die Ersatzberechtigten zu ungebührlich hohen Abfindungssummen "erpresst" werden kann*6.

- Um den beiden dargestellten Regelungen immannenter Unzulänglichkeiten gerecht zu werden, hat der bernische Gesetzgeber den Lastenausgleich in der Ausgestaltung von Art. 51 BauG eingeführt.
  Einerseits wird dadurch die Doppelspurigkeit einer vom Gemeinwesen erhobenen, aber an die geschädigten Nachbarn weiterzuleitenden Abgabe umgangen, andererseits wird durch die verwaltungsgerichtliche Bestimmung des zu leistenden Geldersatzes eine objektive Beurteilung der gegenseitigen Interessen gewährleistet.

---

*3 Huber, Prot. der 10. Sitzung vom 19. Juli 1955, S. 11
*4 vgl. hiezu Liver (Rechtliche Probleme) S. 29 f und L. Meyer a.a.O. S. 40 ff
*5 Ausführlich dazu Hottinger, Die Baubedingung, ein analytischer Beitrag zum Baupolizeirecht, Diss. Zürich 1941
*6 vgl. Prot. der 20. Sitzung vom 2. März 1956, S. 22

M.E. ergibt sich aus dieser kurzen Darstellung der Gründe, die den Gesetzgeber zu der heute geltenden Ausgestaltung des Lastenausgleiches bewogen haben, eine gewisse Aehnlichkeit mit der skizzierten Entwicklung der kantonalen Freizeitgesetzgebung. Hier wie dort bewogen den Gesetzgeber Erwägungen der erleichterten Durchsetzbarkeit der einzuführenden Pflicht dazu, die Leistung des Verpflichteten nicht mit den Mitteln des öffentlichen Rechts, sondern durch einen klagbaren Erfüllungsanspruch des unmittelbar interessierten Berechtigten durchzusetzen.

Solange deshalb das Bundesgericht seine auf dem Gebiet der Freizeitgesetzgebung entwickelte Praxis des Arbeitens mit zivilrechtlichen Mitteln aufrecht erhält und generell bei der Beurteilung kantonaler Vorschriften anwendet, ist anzunehmen, dass der Lastenausgleich in der Ausgestaltung des BauG nach der höchstrichterlichen Praxis trotz der ihm zugrunde liegenden privaten Interessenkollision als nicht im Widerspruch mit Art. 64 BV qualifiziert würde.

Sollte indessen, was m.E. zu begrüssen wäre, das Bundesgericht wieder auf seine alte Praxis*7 zurückkommen, wonach der kantonale Gesetzgeber ein bestimmtes Ziel einzig mit öffentlichrechtlichen Mitteln verfolgen darf, so müsste in Uebereinstimmung mit dem Ergebnis der Unterscheidungstheorien die Regelung des bernischen Lastenausgleiches als privatrechtlich bezeichnet werden.

---

7 vgl. BGE 63 I 173, 64 I 28, 70 II 224

VII. Die sogenannte Doppelnorm

Nachdem die Ergebnisse der Unterscheidungskriterien von Theorie und bundesgerichtlicher Praxis nicht zu einem eindeutig übereinstimmenden Schluss gelangt sind, ist im folgenden zu untersuchen, ob allenfalls die sogenannte Doppelnorm*1 eine Lösung der zu behandelnden Frage darstellt.

Unter dem Begriff der Doppelnorm wird eine Norm verstanden, aus der sowohl ein privat- wie auch öffentlich-rechtlicher Anspruch fliessen. Die Bezeichnung "Doppelnorm" ist indessen insofern unglücklich, als eine solche gemischt-rechtliche Vorschrift nicht zwei, klassifikatorisch trennbare, sondern nur eine einzige, umfassende Norm beinhaltet*2.

Nachdem die nach Art. 64 BV vorausgesetzte Zweiteilung in öffentliches und privates Recht nur historisch erklärbar ist und keineswegs durch zwingende Verschiedenheiten in Auslegung, Anwendung oder Lückenfüllung gefordert wird*3, ist die Doppelnorm einzig "doppelt" inbezug auf ihre bundesstaatsrechtlich geforderte Anknüpfung an eine verfassungsmässige Zuständigkeitsnorm. Aus dieser Feststellung ergibt es sich schon, dass im Sinne des Satzes "Bundesrecht bricht kantonales Recht", verstanden als Kompetenzordnung*4, eine solche Doppelnorm nur den von Art. 64 BV aufgestellten Voraussetzungen entsprechen kann,

---

*1 Zum Begriff vgl. Huber (Einleitung) N 169 zu Art. 6 ZGB, Ramstein S. 43 f, sowie Kuttler, Zur Problematik der gemischt-rechtlichen Normen im Baurecht, Zbl 1966, S. 265 ff

*2 vgl. Siegenthaler, Gemischtrechtliche Bauvorschriften und ihre Durchsetzung, MBVR 1961, S. 1 ff, insbesondere S. 4 f

*3 vgl. Ramstein S. 1 ff

*4 vgl. S. 112

sofern den Kantonen für die betreffende Materie die Gesetzgebungskompetenz sowohl auf dem Gebiete des privaten wie aber auch des öffentlichen Rechts zusteht*5.

Da der Bund auf dem Gebiete des Privatrechts ausschliesslich und umfassend zuständig ist, dürfen die Kantone einzig privatrechtliche Vorschriften erlassen, wenn und soweit sie ausdrücklich oder dem Sinne nach dazu ermächtigt werden.

Aus dieser Ausschliesslichkeit des Bundesgesetzgebers auf dem Gebiete des Zivilrechts ergibt sich, dass bei der Beurteilung einer kantonalen Vorschrift im Sinne von Art. 64 BV grundsätzlich auf das Denkmodell der Doppelnorm verzichtet werden kann. Sowohl eine privat- wie auch eine gemischtrechtliche Norm des kantonalen Rechts, welche sich nicht auf einen Recht zuteilenden Vorbehalt*6 des Bundesrechts stützen kann, ist inbezug auf ihren privatrechtlichen Inhalt nichtig. Die Prüfung, ob der Lastenausgleich durch einen bundeszivilrechtlichen Vorbehalt gedeckt ist, ist deshalb unausweichbar.

---

*5 so auch Huber (Gegenwart) S. 189
*6 vgl. Liver (Einleitung) N 30 ff zu Art. 5 ZGB

VIII. Der Vorbehalt von Art. 686 ZGB

Das Baurecht, verstanden als Inbegriff der Normen, welche die Bewirtschaftung von Grund und Boden durch die Erstellung und den Unterhalt von Bauwerken regeln, besteht grundsätzlich aus Vorschriften des privaten und des öffentlichen Rechts*1. Im weiteren soll dargestellt werden, inwieweit die Kantone auf dem speziellen Gebiet des Baurechts im oben umschriebenen Sinne zum Erlass privatrechtlicher Bestimmungen zuständig sind.

Vorerst ist festzuhalten, dass Art. 702 ZGB*2 eine Spezialbestimmung des sich aus Art. 3 und 64 BV ergebenden Art. 6 ZGB darstellt. Er enthält also keinen kompetenzbegründenden Vorbehalt, sondern "grenzt bloss die Gesetzgebungshoheit des Bundes im Gebiete des Zivilrechts gegenüber der Gesetzgebungshoheit der Kantone auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts ab"*3. Art. 702 ZGB begründet somit weder für den Bund noch für die Kantone irgendeine Kompetenzerweiterung und erschöpft sich in einer bloss deklaratorisch wirkenden Feststellung. Er stellt lediglich einen sogenannten unechten Vorbehalt*4 dar.

---

*1 Definition nach Brüesch S. 32, Tatarinoff S. 23, R. Haab N 2 zu Art. 685, 686 ZGB

*2 "Dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden bleibt es vorbehalten, Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohle aufzustellen, wie namentlich betreffend die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei, das Forst- und Strassenwesen, den Reckweg, die Errichtung von Grenzmarken und Vermessungszeichen, die Bodenvermessungen, die Zerstückelung von Gütern, die Zusammenlegung von ländlichen Fluren und von Baugebiet, die Erhaltung von Altertümern und Naturdenkmälern, die Sicherung der Landschaften und Aussichtspunkte vor Verunstaltung und den Schutz von Heilquellen."

*3 BGE 57 II 211, vgl. auch BGE 88 II 260 und 96 I 137

*4 zum Begriff vgl. Liver (Einleitung) N 13 ff zu Art. 5 ZGB

Demgegenüber verzichtet der Bundesgesetzgeber in Art. 686 ZGB*5 auf das ihm grundsätzlich zustehende Recht, das Zivilrecht umfassend und unter Ausschluss der Kantone zu legiferieren und ermächtigt diese, sowohl die Abstände bei Grabungen und Bauten festzusetzen wie auch weitere privatrechtliche Bauvorschriften zu erlassen. So begnügt sich das ZGB mit einer einzigen, recht allgemein gehaltenen materiellen Bauvorschrift und regelt allein noch die Folgen der Verletzung nachbarrechtlicher Bauvorschriften*6.

Dieser Verzicht auf eine einheitliche, dem Kodifikationsprinzip des ZGB entsprechende Regelung des privaten Baurechts wird mit der Ueberlegung begründet, "dass die von Ort zu Ort wechselnden Anschauungen und Bedürfnisse Berücksichtigung erheischen und eine einheitliche bundesrechtliche Regel als nicht angemessen erscheinen lassen"*7. Ob diese zum Zeitpunkt der Schaffung des ZGB sicher anerkennungswerte Auffassung auch heute noch uneingeschränkt unterstützt werden kann, ist nicht im Rahmen dieser Arbeit zu entscheiden. M.E. wäre indessen der Erlass zumindest subsidiär zum kantonalen Recht geltender Bauvorschriften diskutabel.

Abschliessend ist festzuhalten, dass Art. 686 ZGB einen echten, d.h. zuständigkeitsbegründenden Vorbehalt*8 zugunsten des kantonalen Gesetzgebers darstellt. Durch ihn werden die Kantone befugt, nicht aber verpflichtet, privatrechtliche Vorschriften auf dem Gebiete des Baurechts aufzustellen.

---

*5 "Die Kantone sind befugt, die Abstände festzusetzen, die bei Grabungen und Bauten zu beobachten sind. Es bleibt ihnen vorbehalten, weitere Bauvorschriften aufzustellen."
*6 Art. 685 ZGB
*7 R. Haab, N 9 zu Art. 685, 686 ZGB
*8 vgl. Liver (Einleitung) N 24 zu Art. 5 ZGB sowie BGE 56 II 23

Es stellt sich nun die Frage, ob der Lastenausgleich eine "weitere Bauvorschrift" im Sinne von Art. 686 Absatz 2 ZGB darstellt. Die Beantwortung dieser Frage ist durch Auslegung zu erlangen, wobei dazu die verschiedenen Regelungen des privaten Baurechts der Kantone als richtungsangebende Hilfsmittel herangezogen werden können*9.

Das kantonale private Baurecht, regelmässig in den Einführungsgesetzen zum ZGB oder in den Baugesetzen verankert, kann einen breiten Fächer mannigfacher Bestimmungen aufweisen. In den meisten Kantonen wurden namentlich Vorschriften über Grenz- und Gebäudeabstände, An- und Nebenbauten sowie über das Hofstatt-, Brandmauer-, Hammerschlags- und Stützmauerrecht erlassen*10. Allen diesen Bestimmungen ist gemeinsam, dass sie im Sinne der an den Anfang dieses Kapitels gestellten Umschreibung des Baurechts die Erstellung und den Unterhalt von Bauwerken regeln.

Der Lastenausgleich als entschädigungsbegründende Norm, die nicht die Erstellung einer Baute, sondern ausschliesslich die dadurch bewirkten Wertverminderungen der Nachbarliegenschaften zum Gegenstand hat, kann daher bei einer restriktiven Auslegung von Art. 686 Absatz 2 ZGB nicht als baurechtlich bezeichnet werden. Es stellt sich daher die Frage, ob ein echter Vorbehalt, verstanden als eine Ausnahmebestimmung, nur restriktiv interpretiert werden darf, wie dies von Leemann*11 bezugnehmend auf die Praxis vertreten wird.

---

* 9 vgl. Aufstellung bei Waldis S. 97 ff
*10 vgl. Waldis S. 87 ff, Liver (Rechtliche Probleme) S. 14 ff, Brüesch S. 54 ff, Tatarinoff S. 61 ff, R. Haab N 15 zu Art. 685, 686 ZGB
*11 N 4 zu Art. 686 ZGB

Dies ist indessen heute zu verneinen*12. So stellte das Bundesgericht*13 zu Recht fest: "Bestimmungen, die den Anwendungsbereich einer Regel einschränken, sind jedoch wie andere Rechtsnormen weder allgemein einschränkend oder allgemein ausdehnend, sondern stets nach ihrem wahren Sinn auszulegen."

Es ist daher zu prüfen, ob auch die Regelung gewisser Entschädigungsfolgen der Ueberbauung einer Liegenschaft als baurechtlich im Sinne von Art. 686 Absatz 2 ZGB bezeichnet werden kann. Dies ist m.E. zu bejahen, wobei im wesentlichen folgende Argumente dafür sprechen. Der Bundeszivilgesetzgeber hat selber in seiner einzigen materiellen Norm des Baurechts (Art. 685 Absatz 1 ZGB) ausdrücklich anerkannt, dass nicht nur die Erstellung einer Baute, sondern auch die damit unmittelbar verursachten Auswirkungen auf die Nachbarschaft Gegenstand einer baurechtlichen Bestimmung sein können. Der Lastenausgleich konkurriert voraussetzungsgemäss in keiner Weise mit der zitierten bundesrechtlichen Bestimmung, hat aber ebenfalls seinen Anknüpfungspunkt in einer baulichen Tätigkeit. In analoger Anwendung einer bundesgerichtlichen Begründung*14 betreffend finanzielle Folgen des Anbauens an eine Brandmauer lässt sich sagen, dass es den Kantonen nicht nur freisteht, die bei der baulichen Nutzung eines Grundstückes zu beachtenden Abstände und weitere Obliegenheiten durch privatrechtliche Vorschriften zu bestimmen, sondern dass ihnen ebenfalls das Recht zusteht, über Art. 685 Absatz 1 ZGB hinausgehende Entschädigungsansprüche zu schaffen. Von dieser Möglichkeit haben tatsächlich verschiedene Kantone Gebrauch gemacht. Im folgenden sei insbesondere

---

*12 vgl. Meier-Hayoz (Einleitung) N 191 zu Art. 1 ZGB "Ebenso unhaltbar ist das ... unter Berufung auf die Logik oft vorgebrachte Argument, dass Ausnahmen nicht extensiv zu interpretieren und nicht analog anzuwenden seien."

*13 BGE 86 IV 124, vgl. auch BGE 88 II 153, 85 II 261, 78 IV 40

*14 BGE 56 II 23

kurz auf Art. 116 des unter massgeblicher Führung von Liver entstandenen bündnerischen Einführungsgesetzes zum ZGB vom 5. 3.1944 verwiesen*15. Eine gesonderte Anführung dieser Bestimmung rechtfertigt sich ebenfalls wegen der m.E. kaum übersehbaren Parallelen mit dem bernischen Lastenausgleich. Hier wie dort wird der Bauherr unter gewissen Voraussetzungen zu einer Leistung verpflichtet, ohne dass ihm ein Verschulden oder auch nur ein rechtswidriges Verhalten nachgewiesen werden muss.

Abschliessend ist deshalb festzuhalten, dass der Lastenausgleich in der Ausgestaltung von Art. 51 BauG als baurechtliche Vorschrift im Sinne von Art. 686 Absatz 2 ZGB bezeichnet werden kann. Eine Kollision mit der ausschliessliche Geltung beanspruchenden Regelung von Art. 685 Absatz 2 ZGB ist nicht gegeben, da letztgenannte Bestimmung ausdrücklich eine Verletzung privatrechtlicher Bauvorschriften voraussetzt. Der Lastenausgleich hingegen geht von der Voraussetzung aus, dass das Bauwerk rechtmässig, d.h. unter Beachtung sowohl der privat- wie auch der öffentlich-rechtlichen Gebote und Verbote, erstellt wird.

---

*15 "Wer durch Neu- oder Höherbau einem Grundstück Licht oder Sonne in dem Masse entzieht, dass sein derzeitiger Gebrauchswert bedeutend vermindert wird, hat dafür nach richterlichem Ermessen Schadenersatz zu leisten, auch wenn er den gesetzlichen Grenz- und Gebäudeabstand eingehalten hat. ....."

IX. Schlussfolgerung

Art. 64 BV setzt als kompetenzordnende Verfassungsbestimmung die Zweiteilung unserer Rechtsordnung in privat- und öffentlich-rechtliche Normen voraus. Die Kriterien der Zuordnung einer bestimmten Vorschrift in das eine oder andere Rechtsgebiet werden indessen nicht durch die Verfassung aufgestellt.

Dies ist Aufgabe von Lehre und Praxis und wurde von ihnen bis heute nicht auf allgemein befriedigende Weise gelöst. Das Fehlen klarer Unterscheidungskriterien liegt indessen in der Aufgabe selber begründet. "Rechtsdogmatisch kommt es in erster Linie darauf an, die Vorstellung zu überwinden, dass alles Recht oder alle Rechtsverhältnisse nach irgendwelchen Kriterien entweder einem öffentlichen Recht oder einem Privatrecht zugeordnet werden müssten. An die Stelle dieser Zweiteilung müsste ein differenziertes Gemeinrecht treten*1".

Trotz dieser Schwierigkeiten kann der Entscheid, ob eine bestimmte kantonale Vorschrift als öffentlich- oder privatrechtlich zu bezeichnen ist, wegen der erwähnten bundesstaatlichen Kompetenzordnung nicht umgangen werden.

Unter Heranziehung der in der Wissenschaft am meisten Verbreitung gefundenen Theorien ist der Lastenausgleich wegen der ihm zugrunde liegenden Interessenlage sowie der am Rechtsverhältnis beteiligten Personen als privatrechtlich zu qualifizieren. Zu der gleichen Aussage gelangt man unter Berücksichtigung der durch das Bundesgericht in Anwendung der Interessentheorie entwickelten Praxis. Solange diese indessen den Kantonen erlaubt,

---

1 Bullinger S. 81

"im Rahmen einer aus haltbaren Gründen des öffentlichen Rechts in das Bundeszivilrecht eingreifenden öffentlich-rechtlichen Ordnung zivilrechtliche Mittel zu verwenden"*2, bedarf der Lastenausgleich in Verletzung von Art. 64 BV keinen besonderen Vorbehalt des Bundeszivilrechts. M.E. kann indessen diese bundesgerichtliche Praxis kaum aufrechterhalten werden.

Art. 686 Absatz 2 ZGB stellt einen zuteilenden echten Vorbehalt zugunsten der Kantone dar. Der Lastenausgleich wird wegen seiner Anknüpfung an das Erstellen von Bauwerken durch den bundesrechtlichen Vorbehalt gedeckt und ist somit als eine privatrechtliche Norm des kantonalen Baurechts zu qualifizieren. Der Wille des kantonalen Gesetzgebers, den Lastenausgleich als öffentlich-rechtliche Norm verstanden zu wissen, kann, wie schon dargestellt*3, aus bundesstaatsrechtlichen Erwägungen nicht entscheidend sein.

Das Resultat dieser Untersuchung ist für das tägliche Rechtsleben zugegebenermassen nicht überwältigend. Die hier vertretene Auffassung hat keinerlei praktische Konsequenzen: Die Anwendung eines Rechtssatzes erfolgt unabhängig von seiner Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht. Die Notwendigkeit dieser Unterscheidung ergibt sich bundesrechtlich einzig inbezug auf die verschiedenen Rechtssetzungskompetenzen und Rechtsmittel. Da in Art. 686 Absatz 2 ZGB die geforderte zuständigkeitsgewährende Norm gefunden werden konnte, stellt sich einzig noch die Frage, ob das Rechtsmittelverfahren auf Bundesebene von der Qualifikation des Lastenausgleiches als privat- beziehungsweise öffentlich-rechtlich abhängt. Auch dies ist indessen

---

*2 BGE 85 I 21
*3 vgl. S. 118 f

zu verneinen. Die Ueberprüfung eines in Anwendung von kantonalem Recht ergangenen Urteils der letzten kantonalen Instanz kann auf jeden Fall nur mit der staatsrechtlichen Beschwerde verlangt werden.

De lege ferenda ist indessen zu wünschen, dass der Lastenausgleich wie die übrigen privatrechtlichen Bestimmungen des kantonalen Baurechts im EG zum ZGB geregelt wird.

20. Der Lastenausgleich und Art. 22ter BV

I. Das Verhältnis von Lastenausgleich und Eigentumsgarantie

Die Wirkung der Eigentumsgarantie kann, wie schon dargestellt worden ist*1, in eine Instituts- und eine Wertgarantie aufgeteilt werden. Im folgenden soll kurz das Verhältnis des Lastenausgleiches zu den beiden Elementen der Eigentumsgarantie zur Darstellung gebracht werden.

Eingangs ist festzuhalten, dass die Eigentumsgarantie, verstanden als bundesrechtlich geschütztes Grundrecht auf Verfassungsebene, die Existenz eines durch das kantonale Recht geschaffenen Lastenausgleiches nicht verlangt noch voraussetzt. Diese kaum anfechtbare Feststellung ergibt sich nicht nur aus dem Vorrang des Bundesrechts, sondern ebenso aus dem rein tatsächlichen Umstand, dass, wie noch zu zeigen sein wird*2, der Kanton Bern bis heute der einzige Kanton der Schweiz ist, der die dem Lastenausgleich zugrunde liegende Interessenlage gesetzlich geregelt hat. Es stellt sich daher nicht die Frage, ob die Eigentumsgarantie den Lastenausgleich voraussetze, sondern vielmehr, ob der Lastenausgleich mit der Eigentumsgarantie vereinbar sei. Bei der nun folgenden Betrachtung ist infolge der Fragestellung einzig von der Sicht des durch den Lastenausgleich Verpflichteten auszugehen.

Die Eigentumsgarantie richtet sich sowohl in der Gestalt der Instituts- wie auch der Wertgarantie "gegen die unrechtmässige Entziehung oder Beeinträchtigung privater Vermögensrechte durch den Staat, nicht gegen Uebergriffe von seiten anderer Rechts-

---

*1 vgl. S. 21 ff
*2 vgl. S. 163 f

subjekte"*3. Da der Lastenausgleichsanspruchsberechtigte indessen in der Regel nicht der Staat*4, sondern ein privater Eigentümer einer Nachbarliegenschaft ist, kann schon hier festgestellt werden, dass die einem Bauherrn unter bestimmten Voraussetzungen auferlegte Pflicht zur Bezahlung einer Entschädigung nicht das durch die Eigentumsgarantie geschützte Rechtsgut verletzen kann. Eine Ausdehnung der Schutzwirkung der Eigentumsgarantie auf Leistungsverhältnisse zwischen privaten Rechtssubjekten ist gerade bei diesem Grundrecht undenkbar*5.

---

*3 BGE vom 16. Oktober 1963 i.S. M, publiziert in Zbl 1964, S. 54

*4 vgl. S. 60 ff

*5 Zur sogenannten Drittwirkung von Grundrechten vgl. Meier-Hayoz (Sachenrecht) N 217, Huber, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 1955, S. 173 ff, insbesondere S. 202

II. Die Anspruchskonkurrenz aus Lastenausgleich und Eigentumsgarantie

Während bis jetzt ausschliesslich von der Sicht des Verpflichteten das Nebeneinander von Lastenausgleich und Eigentumsgarantie beleuchtet wurde, soll dies nun aus der Warte des Berechtigten erfolgen. Zur Konkretisierung der Fragestellung sei folgendes Beispiel angeführt: Eine Baulinie, welche dem Nachbarn B einen Sondervorteil gewährt, führt zu einer erheblichen Wertverminderung der Liegenschaft von A. - Stehen nun A sowohl Ansprüche aus Lastenausgleich gegen B wie auch solche aus Enteignung gegen das Gemeinwesen zu? Wird durch die Leistung der einen Entschädigung die andere konsumiert?

Vorerst ist zu wiederholen, dass die Eigentumsgarantie den Lastenausgleich nicht voraussetzt. Daraus ergibt sich, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine aus der Wertgarantie fliessende Entschädigung wegen materieller Enteignung zu leisten ist, innerhalb dieser Arbeit unbeantwortet bleiben kann, da eine Beantwortung jedenfalls unabhängig von der Existenz des Lastenausgleiches zu erfolgen hätte*6.

Vorliegend ist deshalb im Sinne der Fragestellung davon auszugehen, dass der durch die Baulinie geschädigte A einen Anspruch wegen materieller Enteignung gegen die Gemeinde, die den die Baulinie enthaltenden Ueberbauungsplan erlassen hat, besitzt*7.

---

*6 Zu dem Begriff der materiellen Enteignung sowie deren Problematik vgl. BGE 97 I 814, 635, 96 I 126, 357, 95 I 460, 93 I 142, 91 I 337, MBVR 1972 S. 444 f sowie die in der Bibliographie S. 18 ff verzeichneten Werke.

*7 Unter welchen Voraussetzungen eine Baulinie eine materielle Enteignung darstellt, vgl. BGE 95 I 461 f

Ebenfalls wird vorausgesetzt, dass A ein Anspruch aus Lastenausgleich gegen B zusteht.

Im Sinne von Art. 22ter BV und der bisherigen Praxis des Bundesgerichts ist beim Vorliegen einer materiellen Enteignung die gesamte Wertverminderung zu entschädigen*8. Massgebend für die Bemessung der Entschädigung ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Eigentumsbeschränkung*9. Daraus ergibt sich, dass eine Entschädigung aus materieller Enteignung unabhängig vom Verhalten eines allfällig bevorteilten Nachbarn auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Baulinie geschuldet ist. Ab diesem Zeitpunkt hat der geschädigte A das bundesrechtlich geschützte und unabdingbare Recht, die Entschädigung zu verlangen*10.

Demgegenüber begründet grundsätzlich nicht der blosse Erlass einer die Nachbarliegenschaft schädigenden Baulinie, sondern erst deren bauliche Nutzung einen Anspruch auf Lastenausgleich. Solange der durch die Baulinienziehung begünstigte Nachbar entweder überhaupt nicht baut oder den ihm gewährten Sondervorteil nicht ausnützt, sind die Voraussetzungen zur Geltendmachung von Ansprüchen aus Lastenausgleich nicht gegeben. Es ist daher festzustellen, dass die Entstehung des Lastenausgleichsanspruches im Gegensatz zu der Entschädigung aus materieller Enteignung unmittelbar vom Verhalten des bevorteilten B abhängt. Der Anspruch aus materieller Enteignung wird daher zeitlich regelmässig vor einem von weiteren Voraussetzungen abhängigen Lastenausgleichsanspruch entstehen. Die von Zaugg*11 vertretene

---

* 8 vgl. Gygi (Rechtliche Probleme) S. 96
* 9 vgl. BGE 97 I 814, 93 I 144
*10 Die Verzinsung der Entschädigung beginnt indessen nach der vom Bundesgericht geschützten Auffassung des Verwaltungsgerichts erst mit der Geltendmachung des Anspruches. Vgl. BGE 97 I 817, MBVR 1972, S. 453
*11 Zaugg N 1 zu Art. 51 BauG

Auffassung, dass der Lastenausgleich "dort, wo eine materielle Enteignung vorliegt, eine Entlastung des Gemeinwesens bedeutet, weil der Lastenausgleichsanspruch dem betreffenden Grundeigentümer als Vermögensvorteil angerechtnet werden kann, selbst wenn er versäumt haben sollte, ihn geltend zu machen", erscheint in Anbetracht der beschriebenen Verschiedenheiten in der Entstehung der Ansprüche zweifelhaft. Wenngleich zuzugeben ist, dass die von Zaugg vertretene Lösung einem echten Bedürfnis der allgemein finanziell überforderten Gemeinden entspricht, kann ihr m.E. auch noch aus folgenden Gründen nicht zugestimmt werden.

Die Wertgarantie gewährt einen umfassenden Rechtsschutz vor enteignungsähnlichen Eingriffen der Gemeinwesen. Dieser bundesrechtliche Anspruch beinhaltet auch das Recht des Geschädigten, die erlittene Wertverminderung in einem einheitlichen Verfahren gegen einen Beklagten geltend zu machen. Eine im kantonalen Recht begründete Pflicht zur vorgängigen Durchsetzung des Lastenausgleichsanspruches widerspricht deshalb der Eigentumsgarantie und ist als bundesrechtswidrig abzulehnen.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man ebenfalls unter Heranziehung der Regeln der unechten Solidarität*12. Wenngleich diese Regeln für ausschliesslich privatrechtliche Verhältnisse ausgebildet wurden, steht m.E. ihrer analogen Anwendung im öffentlichen Recht nichts dagegen*13. Diese Regeln besagen, dass bei der Konkurrenz mehrerer, aus verschiedenen Rechtsgründen einem Gläubiger zustehenden Ansprüche inbezug auf einen eingetretenen Schaden der Geschädigte gegen jeden Ersatzpflichtigen in der

---

*12 Art. 51 OR
*13 vgl. Ramstein S. 7 f

vollen Schadenshöhe klagen kann, sofern gegen diesen die Voraussetzungen der Haftung erfüllt sind*14. Bezugnehmend auf die hier zu beantwortende Fragestellung ergibt es sich, dass dem geschädigten A das Wahlrecht zusteht, die erlittene Wertverminderung entweder gegen den Nachbarn B im Lastenausgleichsverfahren oder aber gegen die Gemeinde nach enteignungsrechtlichen Grundsätzen geltend zu machen. - Da der Anspruch aus Enteignung vor demjenigen aus Lastenausgleich entsteht, wird sich A in aller Regel mit seiner Forderung an das Gemeinwesen halten.

Es ist hier einzig noch die Frage aufzuwerfen, ob dem Gemeinwesen in Fortsetzung der Analogie zu der unechten Solidarität ein Regressanspruch gegen den begünstigten B zusteht. Dieser Regress wäre an dem B erwachsenden Sondervorteil zu bemessen und müsste in seiner Wirkung als Vorzugslast*15 qualifiziert werden. Zu denken wäre insbesondere an eine analoge Anwendung der Regelung des Vorteilsausgleiches bei der Ablösung von Dienstbarkeiten*16.

De lege lata ist es indessen m.E. nicht möglich, einen solchen Rückgriffsanspruch des Gemeinwesens rechtlich durchzusetzen, da zumindest auf dem Gebiete der Eingriffsverwaltung das Postulat der Gesetzmässigkeit der Verwaltung über die (zwar verständlichen) Bedürfnisse der Gemeinden zu stellen ist. So stellte das Bundesgericht*17 wiederholt fest: "Es ist allgemein anerkannt

---

*14 vgl. Guhl/Merz/Kummer S. 196

*15 "Vorzugslasten sind Beiträge, die vom Pflichtigen für die ihm aus einer öffentlichen Einrichtung erwachsenden wirtschaftlichen Vorteile erhoben und einerseits nach den zu deckenden Kosten der Einrichtung, andererseits nach Massgabe des dem Pflichtigen daraus erwachsenden Sondervorteils bemessen werden." BGE 90 I 81

*16 vgl. Art. 84 BauG

*17 BGE 87 I 27, speziell für Vorzugslasten vgl. BGE 92 I 47

und auch im vorliegenden Fall nicht bestritten, dass öffentliche Abgaben nur erhoben werden dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage dafür besteht. Der Vorbehalt des Gesetzes gilt nach der im Rechtsstaat herrschenden Auffassung für alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers, und einen solchen Eingriff bildet auch die Auferlegung öffentlicher Abgaben. Den Bürger belastende Verwaltungsakte dürfen nicht ohne gesetzliche Grundlage erlassen werden." Diese Auffassung wird auch von der Doktrin unterstützt. So schreibt Roos*18 bezugnehmend auf Burckhardt, Giacometti, German und Lüchinger: "Auf blosse Analogie oder freie Rechtsfindung dürfen keine Eingriffe in Freiheit und Eigentum oder Belastungen des Bürgers gestützt werden."

Abschliessend ist daher festzustellen, dass eine eingetretene Wertverminderung, welche eine Entschädigungspflicht sowohl nach den Grundsätzen des Lastenausgleiches wie auch der materiellen Enteignung begründet, dem Geschädigten das Recht gibt, den gesamten Schaden innerhalb des Enteignungsverfahrens geltend zu machen. Für einen Regressanspruch der Gemeinde gegen den bevorteilten Nachbarn fehlt die rechtsstaatlich geforderte gesetzliche Grundlage. Dies führt zu dem zugegebenermassen unglücklichen Resultat, dass die Leistungspflicht eines bevorteilten Nachbarn aus dem Lastenausgleich entfällt, sobald dem anspruchsbegründenden Eingriff des Gemeinwesens enteignungsähnliche Wirkung zukommt. Eine Korrektur dieser unbefriedigenden Regelung kann indessen m.E. nur durch die Gesetzgebung erfolgen.

---

*18 Roos (Gesetzmässigkeit) S. 133

21. Der Lastenausgleich und der privatrechtliche Immissionenschutz

I. Der Lastenausgleich und Art. 684 ZGB

Unter dem Begriff Immissionen verstehen wir die Gesamtheit der Einwirkungen, die von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück erfolgen*1.

Die Doktrin unterscheidet grundsätzlich drei Arten von Immissionen: Bei den positiven Einwirkungen erfolgt eine körperliche, auf die Substanz des Grundstückes wirkende Zuführung fester, flüssiger oder gasförmiger Stoffe (Rauch, Abwasser, Lärm, Erschütterungen)*2. Im Gegensatz zu den positiven bewirken die negativen Immissionen nicht eine künstliche Zuführung von Stoffen, sondern deren widernatürliche Fernhaltung: Licht, Luft, Sonne werden durch ein Grundstück zulasten eines anderen an ihrer Verbreitung gehindert*3. Eine dritte Kategorie von Einwirkungen besteht darin, dass das moralische oder psychische Empfinden der Nachbarschaft verletzt wird. So erklärte das Bundesgericht*4 in einem grundlegenden Entscheid betreffend des Betreibens eines gefährlichen Gewerbes: "Grundsätzlich muss zugegeben werden, dass der Nachbar nicht nur Einwirkungen auf die Substanz seines Eigentums, sondern auch solchen auf die Menschen, die dasselbe bewohnen und bewirtschaften, entgegentreten kann ... . Und zwar kann es keinen Unterschied machen, ob die

---

*1 vgl. für das folgende Waldis S. 70 ff, Bachmann S. 85 ff, R. Haab N 1 ff zu Art. 684 ZGB, Leemann N 1 ff zu Art. 684 ZGB, Jagmetti S. 43 ff

*2 BGE 95 I 198, 94 I 299, 87 I 88, 83 II 382

*3 BGE 83 II 375, vgl. hiezu Kritik von Liver in ZbJV 1957, S. 20 ff

*4 BGE 24 II 268, vgl. auch BGE 42 II 452

Nachbarn durch die Art der Benutzung des Grundstückes in ihren körperlichen Befinden beeinträchtigt oder allzu sehr belästigt werden oder ob die Hemmung in der freien Benutzung und Verwertung des Eigentums mehr auf seelische Beeinflussungen ... zurückzuführen sei."

Das Zivilrecht regelt den Immissionenschutz in Art. 684 ZGB, welcher nach Praxis und Lehre einen Spezialtatbestand von Art. 679 ZGB beziehungsweise eine Ausführungsbestimmung von Art. 641 Absatz 2 ZGB darstellt*4a. Gegenstand dieser Regel ist einerseits der Schutz der Nachbarn vor Einwirkungen, welche die Folge der Benutzung einer Liegenschaft darstellen, andererseits die Bestimmung der einem Grundstückseigentümer zustehenden Bewirtschaftungsfreiheit*5. Unter Berücksichtigung, dass jede Benutzung eines Grundstückes zu Einwirkungen auf die Nachbarschaft führt*5a, ein absolutes Verbot solcher Immissionen daher jede Bewirtschaftung des Bodens verunmöglichen würde, dass aber eine unbeschränkte Zulassung sämtlicher Einwirkungen "den Ruin des Grundeigentums"*6 bedeuten müsste, erklärt das Zivilrecht Immissionen grundsätzlich als zulässig, verbietet sie aber, sobald sie als "übermässig" zu bewerten sind*7.

Massstab für die Beurteilung der Uebermässigkeit bilden zu Recht nicht die subjektiven Gesichtspunkte, d.h. der Richter berücksichtigt weder die Beschwerden eines übersensiblen Nachbarn noch das Ausbleiben von Reaktionen bei jemandem, der völlig unempfindlich ist*8. Nur wenn die Immissionen objektiv,

---

*4a vgl. R. Haab, N 1 zu Art. 684 ZGB
*5 vgl. Tuor S. 526 f
*5a Kleindienst S. 10
*6 Leemann N 1 zu Art. 684 ZGB
*7 vgl. Meier-Hayoz (Sachenrecht) N 62 ff zu Art. 641 ZGB
*8 BGE 88 II 14, 65 II 158

nach dem Empfinden des Durchschnittsbürgers, von solcher Intensität sind, "dass sie das aus der nachbarlichen Gemeinschaft ergebende Gebot der gegenseitigen Rücksichtsnahme verletzen"*9, kann die Uebermässigkeit, d.h. die Rechtswidrigkeit bejaht werden. Einer darüber hinausgehenden, erhöhten Schutzbedürftigkeit gewisser Menschen (Kranke, Künstler etc.) könnte allenfalls im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes von Art. 27/28 ZGB Rechnung getragen werden*10.

Art. 684 ZGB bezieht sich indessen nicht auf alle eingangs skizzierten Arten von Immissionen. Gegenstand seiner Regelung sind einzig Einwirkungen, welche als Folge der Bewirtschaftung eines Grundstückes qualifiziert werden können*11. Soweit demnach eine bestimmte Einwirkung nicht auf ein menschliches Verhalten, das mit der Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über die Liegenschaft zusammenhängt, zurückgeführt werden kann, ist Art. 684 ZGB nicht anwendbar.

So kann insbesondere "das blosse Vorhandensein einer Baute oder baulichen Anlage ... keine Einwirkung im Sinne des Art. 684 ZGB, nämlich mittelbare Einwirkungen, erzeugen, wie sie vielmehr nur infolge der Art der Bewirtschaftung oder der Benutzung des Grundstückes entstehen können." Das ergibt sich aus der Natur der Sache und ist auch im Randtitel und Text

---

* 9 Liver, Der gesetzliche Schutz der Persönlichkeit in der Rechtsentwicklung, ZbJV 1967, S. 80

*10 vgl. auch Meier-Hayoz, Technische Entwicklung und Fortbildung des privatrechtlichen Immissionenschutzes, in "Die Rechtsordnung im Zeitalter der Technik", Zürich 1961, S. 35 ff

*11 vgl. R. Haab N 13 zu Art. 684 ZGB, Meier-Hayoz (Sachenrecht) N 78 ff zu Art. 679 ZGB, Stark, Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB, 1952, S. 200 ff, sowie BGE 40 II 344, 73 II 154, 93 II 232

des Art. 684 ZGB ausgedrückt. Lehre und Rechtsprechung sind darüber einig (vgl. namentlich BGE 40 II 344/45; Waldis, Das Nachbarrecht, S. 23, Haab N 12 zu Art. 684 ZGB). "Verstösst eine bauliche Anlage gegen privatrechtliche (Art. 686 ZGB) oder öffentlich-rechtliche (Art. 702 ZGB) Vorschriften des kantonalen oder kommunalen Rechts oder gegen eine als Dienstbarkeitslast errichtete Baubeschränkung oder endlich gegen eine persönliche Verpflichtung, so ist auf dieser Rechtsgrundlage, nicht auf Grund des Art. 684 ZGB, vorzugehen. Besteht aber, ... kein derartiges Bauhindernis, so steht es dem Nachbarn nicht zu, der ihm aus irgendwelchen Gründen missliebigen Baute um ihrer blossen Existenz willen unzulässige Einwirkungen auf sein Grundstück zuzuschreiben. Eine derartige Betrachtungsweise ist mit Art. 684 ZGB nicht vereinbar; es müsste sich danach um wirkliche, aus der Verwendung des Grundstückes entstehende Einwirkungen von der Art der dort in Absatz 2 als Beispiele genannten handeln, die nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigt wären"*12.

Gestützt auf diese heute noch anerkannte Unterscheidung*13 ist deshalb festzustellen, dass einzig die Benutzung, nicht aber die blosse Existenz einer Baute die Ursache von unter Art. 684 ZGB fallenden Immissionen sein kann. Wie Liver*14 zutreffend ausgeführt hat, kann zur Begründung von Ansprüchen aus privatrechtlichem Immissionenschutz nicht genügen, "dass der Grundeigentümer in eigenem Interesse zu seinem Vorteil sein Grundstück ohne Verletzung der Bauvorschriften in einer Weise überbaut, dass der Nachbar dadurch geschädigt wird, so schwer auch

---

*12 BGE 88 II 264 ff
*13 vgl. Waldis S. 72, Zimmerlin S. 191 N 1 ff und S. 273 N 1 sowie BGE 97 I 357
*14 ZbJV 1967, S. 4

der Schaden sein mag, wie bei der Verbauung der Aussicht und der Vernichtung der idyllischen Einsamkeit, Stille und Traulichkeit des nachbarlichen Anwesens".

Soweit demnach kantonale Vorschriften einzig die Folgen aus der Existenz von Bauten einer privatrechtlichen Regelung unterwerfen, kann eine Kollision mit dem bundesrechtlichen Immissionenschutz nicht eintreten. Insoweit beinhalten kantonale Regelungen gegenteils eine wünschenswerte Ergänzung des rechtlichen Schutzes.

Der Lastenausgleich in der Ausgestaltung des bernischen Gesetzgebers bezweckt einzig einen geldwerten Ausgleich jener Einwirkungen, "die durch den Bestand der Baute - und nicht etwa durch einen in ihr untergebrachten gewerblichen oder industriellen Betrieb - verursacht werden"*15.

Es ergibt sich daher, dass Lastenausgleich und privatrechtlicher Immissionenschutz zwei sich gegenseitig ergänzende Konkretisierungen des nachbarrechtlichen Grundgedankens der Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten darstellen. Eine Konkurrenz zwischen Art. 684 ZGB und Art. 51 BauG ist deshalb ausgeschlossen*16.

---

*15 VGE vom 22. Februar 1966, publiziert in MBVR 1966, S. 17
*16 so auch Zaugg N 1 zu Art. 51 BauG, VGE vom 20. Dezember 1971 i.S. Mühlematter/Fahrni

II. Der Lastenausgleich und der "Bieler Fall"

Wie oben dargestellt, fallen sowohl die bauliche Tätigkeit wie auch die erstellte Baute als solche nicht unter den Begriff der Benutzung im Sinne von Art. 684 ZGB und können daher nicht als Grundlage der von der zitierten Bestimmung gewährten Rechtsansprüche dienen. Sofern die kantonalen und kommunalen öffentlich- und privatrechtlichen Bauvorschriften gewahrt bleiben, kann der durch eine Baute beeinträchtigte Nachbar im Sinne von Art. 684 ZGB weder einen Beseitigungs- beziehungsweise Unterlassungsanspruch noch ein Recht auf Schadenersatz geltend machen.

Das Bundesgericht kam indessen bei der Beurteilung des Schadenersatzbegehrens eines Bäckers in Biel dazu, die von ihm und der Lehre vertretene Auffassung nicht unwesentlich weiterzuentwikkeln.

Der dem Entscheid*17 zugrunde liegende Sachverhalt ist im wesentlichen der folgende: Während mehr als 2 Jahren führten der Abbruch und Wiederaufbau eines Nachbarhauses wegen der dadurch bewirkten Staub- und Lärmentwicklung sowie der beschränkten Begehbarkeit des Trottoirs zu einem erheblichen Umsatzrückgang einer Bäckerei-Konditorei, ohne dass indessen die Bauausführung irgendwelche Bauvorschriften verletzte. Das Bundesgericht führte in Korrektur eines früheren, ähnlich gelagerten Entscheides*18 aus, dass eine Haftung des bauenden Grundeigentümers nicht auf Art. 679/684 ZGB abgestützt werden könne, da diese Normen einen Nachbarn "bloss für Ueberschreitungen seines Ei-

---

*17 BGE 91 II 100
*18 BGE 83 II 375, vgl. auch die Kritik von Liver in ZbJV 1959, S. 20 ff

gentumsrechts, also nicht für die Folgen einer in allen Teilen rechtmässigen Eigentumsausübung verantwortlich"*19 mache. Gleichwohl wurde die Entschädigungspflicht bejaht, indem das Bestehen einer echten Lücke festgestellt wurde. Diese Lücke hatte das Bundesgericht im Sinne von Art. 1 ZGB durch die Norm auszufüllen, die es als Gesetzgeber aufstellen würde*19a. "Hiebei fallen vorbeugende Massnahmen mit verhindernder Wirkung, wie sie Art. 679 ZGB in erster Linie vorsieht, ausser Betracht; denn die dem Privileg des Bauenden entsprechende Duldungspflicht der Nachbarn schliesst dem Begriffe nach das Recht zur Verhinderung aus. Eine Schadenersatzpflicht verträgt sich dagegen mit dem Vorrecht, ausnahmsweise in fremde Rechtsbereiche einzugreifen, sehr wohl; ja sie ist dessen angemessenes Gegenstück"*20, 21.

Es stellt sich daher nun die Frage, in welchem Verhältnis die so durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung begründete Entschädigungspflicht zum bernischen Lastenausgleich steht.

Trotz der gewissen Aehnlichkeit der beiden Leistungspflichten - hier wie dort hat der Bauherr eine Entschädigung zu zahlen, obwohl ihm kein rechtswidriges Verhalten entgegengehalten werden kann - besteht m.E. folgender, jede Kollision ausschliessende

---

*19 BGE 91 II 105

*19a Zum lückenausfüllenden Richterrecht vgl. Meier-Hayoz, (Einleitung) N 215 ff zu Art. 1 ZGB sowie die dort zitierte Literatur

*20 a.a.O. S. 106

*21 Diese höchstrichterliche Rechtsfindung wurde von Liver in ZbJV 1967, S. 5, insoweit als eine Weiterentwicklung des dem Nachbarrecht zugrunde liegenden Prinzips begrüsst, als diese Entschädigungspflicht durch den Umstand begründet wird, "dass der bauende Grundeigentümer die Grenzen seiner Liegenschaft überschreitet und die Zulässigkeit dieser Ueberschreitung auf einer Sonderbewilligung der zuständigen Verwaltungsbehörde beruht."

Unterschied: Haftungsbegründend im Sinne des dargestellten Bundesgerichtsentscheides ist nicht die Existenz einer Baute, sondern die auf Grund einer behördlichen Verfügung ausnahmsweise erlaubte Art und Weise des Bauens. Gegenstand des Lastenausgleiches dagegen ist nicht der Umstand, dass durch die bauliche Tätigkeit gewisse Wertverminderungen eintreten, sondern einzig, dass die in Abweichung von der baulichen Grundordnung erstellte Baute als solche zu einer Schädigung der nachbarschaftlichen Liegenschaft führt.

Die durch den "Bieler Fall" geschaffene Norm berührt demnach nicht die Aussage, dass ein Haus oder ein Hausteil keine Immissionen darstellen können*22, sondern einzig die Regel, dass das Erstellen einer Baute unter Beachtung sämtlicher Vorschriften keine Entschädigungspflicht begründen kann. Die Geltung und Berechtigung des Lastenausgleiches wird daher nicht tangiert.

---

*22 so BGE 97 I 357

C) DER LASTENAUSGLEICH IN DEN UEBRIGEN KANTONEN

22. Allgemeine Uebersicht

Da die dem Lastenausgleich zugrunde liegende Konfliktsituation keineswegs ausschliesslich im kantonalen Recht begründet ist, stellt sich die Frage, ob in der Gesetzgebung der übrigen Kantone eine analoge oder zumindest ähnliche Regelung ebenfalls enthalten ist oder ob der Lastenausgleich wirklich eine "Eigentümlichkeit des bernischen Rechts"*1 darstellt.

Die Durchsicht der verschiedenen kantonalen Baugesetze bestätigt indessen die Einzigartigkeit des bernischen Lastenausgleiches*2.

Unter Berücksichtigung, dass jede Gesetzgebung nur in beschränktem Masse die tatsächlich angelangte Praxis widerspiegelt, schilderte der Verfasser den Baudepartementen der übrigen Kantone folgendes Beispiel:

"Die benachbarten Grundstücke des A und B liegen in der Bauzone für 3-geschossige Bauten. A ersucht um eine Ausnahmebewilligung zur Erstellung eines 7-geschossigen Hauses. Oeffentlich-rechtliche Erwägungen (z.B. Touristik, Gewerbe, Kultur) sprechen für die Gewährung der Ausnahmebewilligung, privatrechtliche Ansprüche des B werden nicht verletzt."

Daran anschliessend wurden folgende Fragen gestellt:

---

*1 vgl. Zaugg N 1 zu Art. 51 BauG
*2 Eine Ausnahme bildet allein der Kanton Freiburg, vgl. hiezu die nachfolgenden Ausführungen.

"Wäre obiges Beispiel in Ihrem Kanton wegen eines ausführlichen, privaten Baurechts nicht möglich?
Würde dem A die Ausnahmebewilligung auch gegen den Widerstand von B erteilt?
Hätte B, dessen Grundstück durch die zonenwidrige Baute des A bei Erteilung der Ausnahmebewilligung an Wert verloren hätte, eine Möglichkeit, Schadenersatz zu erlangen?"

Gestützt auf die in verdankenswerter Weise erfolgte Stellungnahme der überwiegenden Mehrzahl der angesprochenen Kantone*3 ergibt sich folgendes Bild:

- Kein Kanton machte geltend, dass das durch das gewählte Beispiel angenommene Bauprojekt wegen Verletzung privatrechtlicher Bauvorschriften des kantonalen Rechts nicht zulässig sei.

- Die Mehrzahl der Kantone anerkannte ausdrücklich, dass grundsätzlich eine Ausnahmebewilligung auch ohne oder gegen den Willen der Nachbarn erteilt werden kann, da die Gewährung einer Ausnahmebewilligung ausschliesslich von der Abwägung der betroffenen privaten und öffentlichen Interessen, nicht aber vom Wohlwollen eines Nachbarn abhängt.

- Die Frage nach einer dem Lastenausgleich entsprechenden Entschädigungsmöglichkeit wurde von allen Kantonen verneint.

  Teils wurde geltend gemacht, ein solcher Schaden könne gar nicht entstehen, da die zur Erteilung der Ausnahmebewilligung zuständige Behörde ebenfalls die nachbarschaftlichen Interes-

---

*3 nur 4 Kantone nahmen nicht Stellung

sen in Erwägung zu ziehen habe. Teils wurde darauf verwiesen, dass solche Abweichungen nur im Einverständnis mit den betroffenen Nachbarn gestattet würden.
Die eine wie die andere Antwort mag in den verschiedenen Kantonen zu einer befriedigenden Lösung führen. Dennoch scheint mir eine dem bernischen Lastenausgleich ähnliche Regelung insbesondere aus folgenden Gründen auch in den übrigen Kantonen sinnvoll. Wenngleich zuzugeben ist, dass bei der Erteilung von Ausnahmebewilligungen auch die Interessen der Nachbarn zu berücksichtigen sind*4, beweist doch die übereinstimmende Beantwortung von Frage zwei*5, dass zumindest die Möglichkeit einer Verletzung nachbarlicher Interessen besteht. Diese Gefahr stellt sich m.E. insbesondere dann, wenn das Gemeinwesen selber oder ein ihm nahestehender Dritter durch die zu gewährende Ausnahme begünstigt werden soll*6. Im weiteren weckt auch der Hinweis, dass in der Regel der Baugesuchsteller das Einverständnis der Nachbarschaft beibringen muss, gewisse Bedenken*7. In der Mehrzahl der Fälle muss wohl ein solches Einverständnis erkauft werden, wobei der unter einem Kontrahierungszwang stehende Baugesuchsteller nicht selten zu Leistungen "erpresst" werden kann, die in einem krassen Missverhältnis zu der den Nachbarn zugeführten Beeinträchtigung stehen.

Abschliessend ist festzustellen, dass mit einer Ausnahme allen Kantonen eine dem Lastenausgleich ähnliche Regelung abgeht. Triftige Gründe, die den Lastenausgleich als entbehrlich erscheinen lassen, wurden m.E. keine angeführt.

---

*4 für das bernische Recht vgl. Zaugg N 12 f zu Art. 46 BauG
*5 vgl. S. 164
*6 vgl. S. 57
*7 vgl. S. 136

23. Der Lastenausgleich im Kanton Freiburg

Unter dem Marginale "Ausgleich - compensation" bestimmt Art. 52 des Baugesetzes vom 15. Mai 1962 des Kantons Freiburg:

"Will ein Eigentümer auf Grund einer bewilligten Abweichung (Art. 19 Abs. 4 und 40) oder der Ausführungsvorschriften betreffend die Hochhäuser (Art. 41) ein Gebäude erstellen, das die Nachbareigentümer in erheblicher Weise benachteiligt, so können diese von jenem eine Entschädigung verlangen.
Der Entschädigungsanspruch muss im Einspracheverfahren bei der öffentlichen Auflage geltend gemacht werden.
In Ermangelung einer Einigung zwischen den betreffenden Eigentümern wird die Entschädigung an die Nachbarn durch den Enteignungsrichter festgesetzt.
Ausser bei Zustimmung der Nachbarn erteilt der Oberamtmann die Baubewilligung erst, wenn die Entschädigung bezahlt ist oder die durch den Richter festgesetzten Sicherheiten geleistet sind."

Unter Ausklammerung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen ist ohne weiteres festzustellen, dass der zitierte Ausgleich in wichtigen Punkten dem Wesensgehalt des bernischen Lastenausgleiches gleichkommt. Hier wie dort wird eine Ausgleichspflicht begründet, die ihre Rechtfertigung nicht in einem rechtswidrigen Verhalten, sondern in der Nutzung einer gewährten Durchbrechung der allgemeinen Bauvorschriften findet.

Neben dieser grundsätzlichen Aehnlichkeit fallen m.E. folgende Verschiedenheiten nicht oder nur beschränkt ins Gewicht.

Im Sinne der freiburgischen Lösung wird, zumindest was aus dem zitierten Gesetzestext hervorgeht, nicht vorausgesetzt, dass der durch eine Abweichung oder Ausführungsvorschrift betreffend die Hochhäuser begünstigte Baugesuchsteller wirklich einen Sondervorteil geniesst. Diese Differenz ist indessen nicht wesentlich, da nach der hier vertretenen Auffassung jede auf Gesuch gewährte Ausnahmebewilligung zu einer Bevorteilung des Gesuchstellers führen muss*1.

Im weiteren ergibt sich aus der gewählten Formulierung, dass der freiburgische Gesetzgeber im Gegensatz zum bernischen die einen Ausgleichsanspruch begründenden Voraussetzungen abschliessend aufgezählt hat.

Während Art. 51 BauG bestimmt "nutzt ein Grundeigentümer ...", formuliert das freiburgische Baugesetz "will ein Eigentümer ein Gebäude erstellen ...". Für das bernische Recht ist unter Nutzung das Erlangen einer Baubewilligung zu verstehen*2. Im gleichen Sinne ist m.E. auch die freiburgische Formulierung auszulegen. Sicherlich ist trotz des etwas unklaren Wortlautes davon auszugehen, dass nicht der Wille, eine Baute zu erstellen, sondern einzig der Umstand, dass eine solche errichtet wird, haftungsbegründende Ursache im Sinne des freiburgischen Ausgleiches ist.

---

*1 vgl. S. 74
*2 vgl. S. 78